

البيانات

عنه

في مذهب الإمام الشافعي

تأليف
الشيخ الجليل الفقيه العلامة إمام عصره وفريد دهره
أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليماني
رحمه الله تعالى
(٤٨٩-٥٥٨ هـ)

اعتنى به
قاسم محمد النوري

المجلد الثامن

اللقط - الوقف - الهبة - الوصايا
العق - المكاتب - عتق أمهات الأولاد

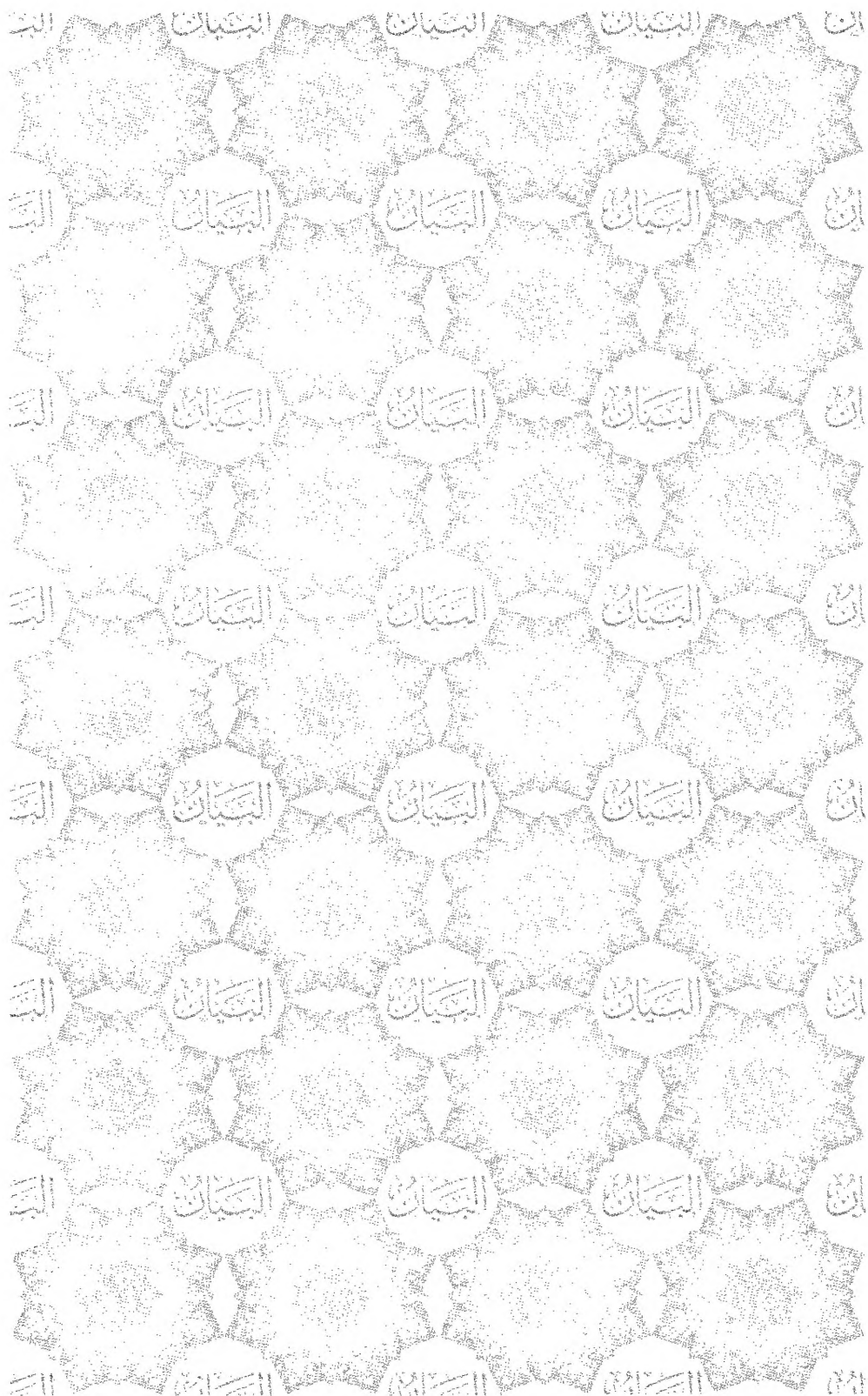
دار المطبوعات
للطباعة والنشر والتوزيع

مَنْعُ الطَّبْعِ وَالتَّرْجَمَةِ وَالْاِقْبَاسِ مَحْفُوظٌ
لِلْاِسْتِغْنَاءِ
لِلطَّبَاعَةِ وَالنَّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ

الْبَيْتُ
فِي مَذْهَبِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کتاب القیظ



كتاب اللقيط

اللقيط ، والملقوطة ، والمنبوذ^(١) : أَسْمٌ للطفل الذي يوجد مطروحاً . وهو
فعلٌ : بمعنى مفعول ، كما يقال للمقتول : قَتِيلٌ ، وللمدهون : دَهِينٌ .

والتقاط المنبوذ فرضٌ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ [المائدة : ٢] فأمر
بالمعاونة على البرِّ ، وهذا من البرِّ .

وقوله تعالى : ﴿ وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ [الحج : ٧٧] فأمر بفعل
الخير ، وهذا من فعل الخير .

وقوله تعالى : ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ [التوبة : ٧١] والولي يلزمه حفظ
المولى عليه .

وقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ [المائدة : ٣٢] .

ف قيل : معناه : له ثواب من أحيا الناس كلهم . وفي أخذ اللقيط إحياء له ، فكان
واجباً ، كبذل الطعام للمضطر .

إذا ثبت هذا : فإنَّ التقاطه فرضٌ على الكفاية إذا قام به بعض الناس . . سقط عن
الباقيين . وإن تركوه . . أثم جميع من علم به ، كما نقول في غسل الميت وتكفينه
والصلاة عليه .

(١) ويقال له أيضاً : الدعوى . وشرعاً : مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة ، أو فراراً من التهمة ،
ويدل على التقاط المنبوذ قول رسول الله ﷺ : « المسلم أخو المسلم ، لا يظلمه ولا
يُسلمه . . . » أخرجه عن عبد الله بن عمر البخاري (٢٤٤٢) في المظالم ، ومسلم
(٢٥٨٠) في البر والصلة ، يقال : أسلم فلان فلاناً إذا ألقاه إلى الهلكة ولم يحمه من عدوه ،
وهو عام في كل من أسلم لغيره ، والله أعلم .

مسألة : [حرية اللقيط] :

وإذا وجد لقيط مجهول الحال . . حكم بحرئته ؛ لما روى سنيين أبو جميلة - رجل من بني سليم - قال : (وجدت منبواً على عهد عمر رضي الله عنه ، فأخذته ، فذكره عريفي لعمر رضي الله عنه ، فلما رأي . . قال : عسى الغوير أبوساً ، فقال عريفي : يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح ، لا يئتهم في ذلك ، فقال عمر : أهو كذلك ؟ قال : نعم ، فقال عمر : اذهب فهو حر ، ولأوه لك ، وعلينا نفقته ^(١) .

وفي بعض الروايات : (ونفقته من بيت المال) ^(٢) . وإنما أراد عمر بهذا : أي لعل هذا الرجل الذي وجدته هو صاحب المنبوز . فقال : (عسى الغوير أبوساً) ^(٣) ، حتى أثنى عليه عريفة خيراً . وهذا مثل لكل شيء يخاف منه أن يأتي بشر .

قال الأصمعي : (والأبوس) : جمع البأس . وأصل هذا : أن غاراً كان فيه ناس ، فأنهار عليهم الغار ، فماتوا . وقيل : أتاهم فيه عدو فقتلهم ، فصار ذلك مثلاً لكل أمر يخاف منه ، ثم صغر الغار فقليل : غوير .

(١) أخرجه عن سنيين أبي جميلة مالك في « الموطأ » (٧٣٨ / ٢) ، والشافعي من طريقه في « الأم » (٢٩٣ / ٣) ، و« ترتيب المسند » (٤٥٦ / ٢) ، والبخاري في « شرح السنة » (٢٢١٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٠١ / ٦ - ٢٠٢) في اللقطة بإسناد صحيح ، والبخاري تعليقاً في الشهادات ، باب (١٦) : إذا زكّي رجل رجلاً كفاه . وقال أبو جميلة : وجدت منبواً فلما رأي عمر قال : (عسى الغوير أبوساً) كأنه يتهمني . قال عريفي : إنه رجل صالح . قال : (كذلك ، اذهب وعلينا نفقته) . وتحرف في مطبوع « ترتيب المسند » سنيين إلى سفيان بن جميلة .

(٢) أخرجه عن سنيين أيضاً عبد الرزاق في « المصنف » (١٣٨٣٩) و(١٣٨٤٠) في باب اللقيط . وعن رجل عند عبد الرزاق في « المصنف » (١٣٨٣٨) .

(٣) مثل أورده الميداني في « مجمع الأمثال » (٤٧٧ / ١) . الغوير : تصغير غار . الأبوس - جمع بؤس - : وهو الشدة . وأصل هذا المثل فيما يقال : من قول الزباء . والمثل يضرب للرجل فيقال له : لعل الشر جاء من قبلك . والزباء : تمد وتقصر ، ومذكرها أبت : أي كثير الشعر ، وقيل : كان لها شعر إذا مشت سحبته وراءها ، وإذا نشرته جللها . كانت فصيحة جميلة كبيرة الهمة أعادت مملكة أبيها وقتلت جذيمة بعد مهادنته وخطبته .

وقال الكلبي : (الغُويرُ) ماءٌ لكلبٍ ، يسمَّى الغُويرَ . وقال : ولهذا المثل إنما تكلمت به الزباء ، وذلك أنها وَجَّهَتْ قصيراً اللَّحْمِيَّ بِعَيْرٍ لِيُخْمَلَ إليها مِنْ بَرِّ العراق ، وكان يطلبُها رجالُ جَذِيمةِ الأبرشِ ، فحملَ الأحمالَ صناديقَ - وقيل : غرائِرُ^(١) - وجعلَ في كلِّ واحدٍ منها رجلاً معه السلاحُ ، ثم تنكَّبَ^(٢) بهم على الغويرِ ؛ لأنَّه طريقٌ مَنهَجٌ ، فسألت عنه ، فأخبرت أنَّه تنكَّبَ بالعيرِ على الغويرِ ، فقالت : (عسى الغويرُ أنبؤساً) أي : عسى أنَّ ذلك الطريقَ يأتيها منه شَرٌّ ، وأستنكرت حاله .

قال أبو عبيد : وهذا أشبه من الأول .

وأما نصبُ أنبؤسٍ . . فأراد : عسى الغويرُ أن يحدث أنبؤساً .

وأما قولُ عمرَ : (وولاؤه لك) . . فإنَّنا نحملهُ على أنَّه أرادَ ولاءَ حضانتِهِ ، لا ولاءَ ميراثِهِ .

وقد حمَلَهُ قومٌ على ولاءِ الميراثِ ، ونحنُ نذكرُهُ في موضعه - إن شاء الله - ولأنَّ الأصلَ في الناسِ الحرِّيَّةُ .

فرعٌ : [اللقيط ومعه مال] :

الصبيُّ الصغيرُ يَمْلِكُ المالَ الكثيرَ ؛ لأنَّه يرثُ ، ويوصى له ، ويبتاعُ له ، فهو كالكبيرِ في المِلِكِ ، وإذا ثبت أنَّه يَمْلِكُ . . فإنَّ يدهُ تثبَّتْ على المالِ ، كالبائعِ .

فإذا ثبتَ هذا : فإنَّ وُجِدَ لقيطٌ ومعه مالٌ ، فإنَّ كانت يدهُ ثابتةً عليه ، بأنَّ وجدهُ لأبساً ثوباً ، أو وجدَ الثوبَ مفروشاً عليه ، أو وجدَهُ على فراشٍ ، أو سريرٍ أو في سَفَطٍ^(٣) ، أو وجدَ معه دراهمَ معقودةً على ثيابهِ أو تحتَ فراشهِ ، أو وجدَهُ مشدوداً على بهيمةٍ ، أو وجدَ في يدهِ عنانَ دابَّةٍ ، أو وجدَهُ في خيمةٍ أو دارٍ . . فإنَّ ذلكَ كُلُّهُ له ؛ لأنَّ

(١) الغرائر - جمع غرارة - : وهي كيس يوضع فيه التبن ، وتسمَّى الخيشة .

(٢) تنكَّب ، يقال : نكَّب عن الطريق : عدل ومال ، وفي نسخة : (تكلمت) .

(٣) السَّفَط : سرير أو مقعد يوضع فيه الصبي ، ونحوه يصنع من عيدان لوضع الفاكهة ، ووعاء يوضع فيه الطيب وأدوات الزينة للنساء .

ذَلِكَ كُلُّهُ فِي يَدِهِ ، وَلَهُ يَدٌ صَحِيحَةٌ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَجَدَ ذَلِكَ فِي يَدِ الْغَلِغَلِيِّ .
وَإِنْ كَانَ تَحْتَهُ مَالٌ مَدْفُونٌ ، أَوْ بِالْبُعْدِ مِنْهُ مَالٌ مَطْرُوحٌ ، أَوْ فَرَسٌ مَرْبُوطٌ . . . لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَ لَهُ عَلَيْهِ .

وَإِنْ كَانَ بِالْقَرَبِ مِنْهُ مَالٌ مَطْرُوحٌ ، أَوْ فَرَسٌ مَرْبُوطٌ . . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :
أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَتْرَكُ مَالَهُ وَدَائِبَتَهُ بِالْقَرَبِ مِنْهُ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ لَا يَكُونُ لَهُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ النَّصِّ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ يَدَانِ ، يَدٌ مُشَاهِدَةٌ وَيَدٌ حَكَمِيَّةٌ . (فَالْمُشَاهَدَةُ) : مَا كَانَ مَمْسُوكًا لَهُ بِيَدِهِ . وَ (الْحَكَمِيَّةُ) : مَا كَانَ فِي مِلْكِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَمْسُوكًا لَهُ ، وَهَذَا لَيْسَ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا .

وَيَفَارِقُ الْكَبِيرَ ؛ لِأَنَّ مَا يَقْرُبُهُ يَكُونُ مَرَاعِيًّا لَهُ ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمُتَّصِلِ بِهِ . وَالطِّفْلُ لَا مَرَاعَاةَ لَهُ ، فَجَرَى مَجْرَى الْبَعِيدِ مِنَ الْكَبِيرِ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ كُلَّ مَالٍ يَكُونُ لِلْقَيْطِ . . . يُنْظَرُ فِيهِ :

فَإِنْ كَانَ فِي مِلْكِ إِنْسَانٍ . . . فَهُوَ لِصَاحِبِ الْمَلِكِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَهُ .

وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مِلْكِ إِنْسَانٍ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ ضَرْبِ الْجَاهِلِيَّةِ . . . فَهُوَ لِقُطَّةٍ . وَإِنْ كَانَ مِنْ ضَرْبِ الْجَاهِلِيَّةِ ، فَإِنْ كَانَ فِي طَرِيقِ مَسْلُوكٍ ، أَوْ قَرْيَةٍ عَامِرَةٍ . . . فَهُوَ لِقُطَّةٍ .

وَإِنْ كَانَ فِي مَوَاتٍ ، أَوْ قَرْيَةٍ خَرِبَةٍ كَانَتْ عَامِرَةً فِي الْجَاهِلِيَّةِ . . . فَهُوَ رِكَازٌ ، وَكُلُّ مَا كَانَ فِي يَدِ الْقَيْطِ ^(١) فَهُوَ مِلْكٌ لَهُ .

وَإِذَا أَخَذَ رَجُلٌ الْقَيْطَ ، وَأَخَذَ مَالَهُ . . . فَهَلْ لَهُ إِمْسَاكُهُ وَحِفْظُهُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ أَمْرِ

الْحَاكِمِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، حَكَاهُمَا الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق/ ٣٦٤] :

أَحَدُهُمَا : لَهُ ذَلِكَ ، كَمَا كَانَتْ لَهُ حِضَانَتُهُ .

وَالثَّانِي : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَالَكَهُ مُتَعَيَّنٌ .

(١) فِي (م) : (الْمَلْتَقِطُ) ، وَهِيَ بِمَعْنَى وَاحِدٍ .

مسألة : [الناس ضربان من حيث التكليف :

النَّاسُ فِي الْإِسْلَامِ عَلَى ضَرْبَيْنِ : مَكْلَفٌ ، وَغَيْرُ مَكْلَفٍ .

فَأَمَّا (الْمَكْلَفُ) : فَهُوَ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ . فَهَذَا لَا يَحْكُمُ بِإِسْلَامِهِ إِلَّا بِأَنْ يَأْتِيَ
بِالشَّهَادَتَيْنِ .

وَأَمَّا (غَيْرُ الْمَكْلَفِ) : فَهُوَ الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ . وَقَدْ يُسَلِّمُ الصَّبِيُّ ، وَقَدْ يَتَّبِعُ غَيْرَهُ
فِي الْإِسْلَامِ .

فَأَمَّا إِسْلَامُهُ بِنَفْسِهِ : فَيَأْتِي ذِكْرُهُ فِي السِّيَرِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ .

وَأَمَّا إِسْلَامُهُ تَبَعًا لغيرِهِ : فَذَلِكَ الْغَيْرُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ :

الْأَبَوَانِ ، أَوِ السَّابِي ، أَوِ الدَّارُ .

فَأَمَّا الْأَبَوَانِ : فَإِذَا أَسْلَمَا وَلَهُمَا وَلَدٌ صَغِيرٌ . . تَبِعَهُمَا فِي الْإِسْلَامِ .

وَهَكَذَا : إِنْ أَسْلَمَ الْآبُ وَحْدَهُ . . تَبِعَهُ فِي الْإِسْلَامِ بِلَا خِلَافٍ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى :

﴿ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ ﴾ [الطور : ٢١] وَإِنْ أَسْلَمَتِ الْأُمُّ
وَحْدَهَا . . تَبِعَهَا وَلَدُهَا الصَّغِيرُ فِي الْإِسْلَامِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ .

وَقَالَ مَالِكٌ : (لَا يَتَّبِعُهَا) .

دَلِيلُنَا : قَوْلُهُ ﷺ : « كُلُّ مَوْلُودٍ يُوَلَّدُ عَلَى الْفِطْرَةِ : وَأَبَوَاهُ يَهُودَانِهِ ، وَيُنَصْرَانِهِ ،
وَيُمَجْسَانِهِ »^(١) .

وَعِنْدَ مَالِكٍ : (إِنْ الْأُمُّ لَا مَدْخَلَ لَهَا فِي التَّهْوِيدِ وَالتَّنْصِيرِ وَالتَّمَجِيسِ) .

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ الْبَخَارِيُّ (١٣٥٨) وَ(١٣٥٩) فِي الْجَنَائِزِ وَلَهُ أَطْرَافٌ ، وَمُسْلِمٌ (٢٦٥٨) فِي الْقَدَرِ ، وَأَبُو دَاوُدَ (٤٧١٤) فِي السَّنَةِ وَاللَّفْظُ لَهُ ، وَالتِّرْمِذِيُّ (٢١٣٩) فِي الْقَدَرِ . وَلَهُ أَلْفَاظٌ : مِنْهَا : « مَا مِنْ مَوْلُودٍ إِلَّا يُولَدُ » وَ : « لَيْسَ مِنْ مَوْلُودٍ يُولَدُ » وَ : « مَنْ يُولَدُ يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ » وَ : « كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الْمِلَّةِ » . قَالَ ابْنُ كَثِيرٍ فِي « إِرْشَادِ الْفَقِيهِ » (٩٨/٢) : يُمْكِنُ أَنْ يَسْتَدِلَّ بِهِ عَلَى أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى نَسَبَهُ كَافِرٌ لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ إِلَّا بَيِّنَةٌ لِأَنَّا لَمَّا فَقَدْنَا أَبُوهُ حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ تَبَعًا لِلدَّارِ ، فَلَا يَعْدِلُ عَنْ ذَلِكَ إِلَّا بَيِّنَةٌ .

ولأنها أحد الأبوين ، فاتبعها الولد في الإسلام تغليبا للإسلام ؛ لقوله ﷺ :
« الإسلام يغلو ولا يغلى »^(١) كالأب .

وأما السابي : فإذا سبي طفل من أولاد الكفار ، فإن سبي معه أبواه أو أحدهما .
فإنه يتبعهما في الكفر إن كانا كافرين . وإن أسلم أحدهما . تبعه . وإن سبي وحده .
فهل يتبع السابي في الإسلام ؟ فيه وجهان :
أحدهما : لا يتبعه ؛ لأن يده يذم ملك .

والثاني : يتبعه ؛ لأنه لا يمكن اعتبار إسلامه بنفسه ، ولا بأبويه ، فلم يبق من يتبعه
غير السابي .

فعلى هذا : إن كان السابي مسلماً . حكم بإسلام الصبي . وإن كان السابي يهودياً
أو نصرانياً . لم يحكم بإسلامه .

وأما إسلامه بالدار : فالدار على ثلاثة أضرب : دار إسلام يسكنها المسلمون ،
ودار إسلام يسكنها المشركون ، ودار شرك يسكنها المشركون .

فأما دار الإسلام التي يسكنها المسلمون : فكأرض الحجاز كلها ، والعراق والكوفة
واليمن . فإذا وجد فيها لقيط . حكم بإسلامه ، سواء كان أكثر ساكنيها مسلمين ، أو

(١) سلف ، وأخرجه عن عائذ المزني البيهقي في « السنن الكبرى » (٢٠٥ / ٦) في اللقطة ، وفي
الباب :

عن معاذ عند الطيالسي في « مسنده » (٥٦٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرى »
(٢٠٥ / ٦) بلفظ : « الإسلام يزيد ولا ينقص » .

قال البيهقي : وإنما أراد والله أعلم أن حكم الإسلام يغلب ، ومن تغلبه أن يحكم للولد
بالإسلام بإسلام أحد والديه .

قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٩٧ / ٢) : يستدل به على أن اللقيط إذا وجد في بلد
الكفار وفيه مسلمون أن يحكم بإسلامه على المذهب .

فائدة : روى عن علي رضي الله عنه البيهقي في « السنن الكبرى » (٢٠٢ / ٦) : أنه قضى
في اللقيط أنه حر ، وقرأ هذه الآية : ﴿ وَشَرُّهُ يَبْغِي دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ
الزَّاهِدِينَ ﴾ [يوسف : ٢٠] .

كُفَّاراً ؛ لَأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ مُسْلِمٌ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ كَافِرٌ ، فُغِّلَبَ الْإِسْلَامُ تَغْلِيْباً لِلدَّارِ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « الْإِسْلَامُ يَغْلُو وَلَا يَغْلَى » .

وَأَمَّا دَارُ الْإِسْلَامِ الَّتِي يَسْكُنُهَا الْكُفَّارُ : فَهِيَ عَلَى ضَرَبَيْنِ :

دَارٌ فَتَحَهَا الْمُسْلِمُونَ فَمَلَكَوْهَا وَأَقْرَبُوا الْكُفَّارَ فِيهَا بِبَذْلِ الْجَزْيَةِ ، فَهَذِهِ دَارُ إِسْلَامٍ ؛ لِأَنَّ حَكَمَ الْإِسْلَامِ جَارٍ فِيهَا . فَإِنْ وُجِدَ فِيهَا لَقِيطٌ : فَإِنْ كَانَ فِيهَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَلَوْ وَاحِداً . . فَإِنَّهُ يَحْكُمُ بِإِسْلَامِ اللَّقِيطِ الَّذِي وُجِدَ فِيهَا ، سَوَاءً دَخَلَهَا ذَلِكَ الْمُسْلِمُ سَاكِناً أَوْ تَاجِراً ، تَغْلِيْباً لِحَكَمِ الدَّارِ وَحَكَمِ الْإِسْلَامِ . فَإِنْ قَالَ ذَلِكَ الْمُسْلِمُ : لَيْسَ بَأَبْنِي . . قُبِلَ قَوْلُهُ فِي نَفْيِ نَسَبِهِ عَنْهُ ، وَلَكِنْ لَا يُحْكَمُ بِسُقُوطِ إِسْلَامِهِ بِذَلِكَ .

وَأِنْ لَمْ يَدْخُلْ إِلَيْهَا مُسْلِمٌ . . فَإِنَّ اللَّقِيطَ الْمَوْجُودَ فِيهَا كَافِرٌ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَبْنَى مُسْلِمٍ .

وَأِنْ كَانَتْ دَارُ إِسْلَامٍ إِلَّا أَنَّ الْمُشْرِكِينَ غَلَبُوا عَلَيْهَا الْمُسْلِمِينَ وَأَخْرَجُوهُمْ مِنْهَا ، كَ : طَرَسُوسُ^(١) ، وَأَرْضُ الْقُدْسِ ، وَالْمَصْبِيصَةِ^(٢) وَمَا أَشْبَهَهَا مِنَ الثُّغُورِ ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمُونَ بَيْنَ الْكُفَّارِ ، وَوُجِدَ فِيهَا لَقِيطٌ . . حَكَمَ بِإِسْلَامِهِ ؛ لِاجْتِمَاعِ حَكَمِ الدَّارِ وَالْمُسْلِمِ الَّذِي فِيهَا .

وَأِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا أَحَدٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : لَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِ اللَّقِيطِ الْمَوْجُودِ فِيهَا ؛ لَأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَبْنَى مُسْلِمٍ .

وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ ؛ لِأَنَّهَا دَارُ إِسْلَامٍ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ بَقِيَّ فِيهَا مُسْلِمٌ أَخْفَى نَفْسَهُ وَهَذَا أَبْنَى .

(١) طَرَسُوس - كَحَلَزُون - : بَلَدٌ إِسْلَامِي مَخْصَبٌ كَانَ لِلأُرَمَنِ ثُمَّ أُعِيدَ لِلْإِسْلَامِ ، كَذَا فِي الْقَامُوسِ ، وَقَالَ الْفَيُومِيُّ : مَدِينَةٌ عَلَى سَاحِلِ الْبَحْرِ الْمَتَوَسِّطِ كَانَتْ تُغْرَأُ مِنْ نَاحِيَةِ بِلَادِ الرُّومِ ، قَرِيباً مِنْ طَرَفِ الشَّامِ ، وَقَالَ فِي « الْبَارِعِ » : قَالَ الْأَصْمَعِيُّ : وَزَانَ عَصْفُورٍ . وَفِي « مَرَاصِدِ الْإِطْلَاعِ » (٨٨٣ / ٢) : بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَدْنَى سِتَّةِ فَرَاسِخٍ يَشْقَاهَا نَهْرُ الْبَرْدَانِ وَبِهَا قَبْرُ الْمَأْمُونِ .

(٢) الْمَصْبِيصَةُ - كَسْفِينَةُ - : مَدِينَةٌ بِالشَّامِ عَلَى شَاطِئِ نَهْرِ جِيحَانَ كَانَتْ مِنْ رِبَطِ الْمُسْلِمِينَ قَدِيماً ، فِيهَا ثُغُورٌ تَقَعُ بَيْنَ أَنْطَاكِيَّةِ وَبِلَادِ الرُّومِ مِنْ « مَرَاصِدِ » .

وَأَمَّا دَارُ الشَّرْكِ الَّتِي يَسْكُنُهَا الْمُشْرِكُونَ : فَمِثْلُ الرُّومِ وَالتَّرْكِ وَغَيْرِهِمَا : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مُسْلِمٌ . . . فَاللَّقِيطُ الْمَوْجُودُ فِيهَا كَافِرٌ ؛ لِأَنَّ الدَّارَ دَارُ كُفْرٍ .

وَأِنْ كَانَ مَعَهُمْ مُسْلِمٌ أَسِيرٌ أَوْ غَيْرُهُ . . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ مُسْلِمٌ تَغْلِيبًا لِلْمُسْلِمِ الَّذِي فِيهَا .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ كَافِرٌ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ ابْنُ مُسْلِمٍ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ ابْنُ كَافِرٍ . . . فَعُلِبَ الْكُفْرُ ؛ لِأَنَّ الدَّارَ دَارُ كُفْرٍ ، وَالْكَفَّارُ فِيهَا أَكْثَرُ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنَ الْأَسِيرِ أَنَّهُ لَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الْوَطْءِ بِنِكَاحٍ وَلَا بغيرِهِ .

فَرَعٌ : [الإشهاد على أخذ اللقيط] :

وَإِذَا أَخَذَ الْمُلتَقِطُ اللَّقِيطَ . . . فَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ ؟

مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ وَجْهَانِ ، كَمَا قُلْنَا فِي اللَّقْطَةِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَجِبُ عَلَيْهِ الْإِشْهَادُ وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ فِي اللَّقْطَةِ لِحِفْظِ

الْمَالِ ، وَالْإِشْهَادَ هَاهُنَا لِحِفْظِ النِّسْبِ ، وَلِلنِّسْبِ مَزِيَّةٌ عَلَى الْمَالِ فِي الْإِشْهَادِ ، وَلِهَذَا وَجِبَ الْإِشْهَادُ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ دُونَ الْبَيْعِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ .

مَسْأَلَةٌ : [الإنفاق على اللقيط] :

وَأَمَّا نَفَقَةُ اللَّقِيطِ : فَلَا يَخْلُو : إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ ، أَوْ لَا مَالَ لَهُ . فَإِنْ كَانَ لَهُ

مَالٌ . . . كَانَتْ نَفَقَتُهُ فِي مَالِهِ ؛ لِأَنَّ الطِّفْلَ إِذَا كَانَ لَهُ أَبَوَانِ مُوسِرَانِ وَلَهُ مَالٌ ، كَانَتْ نَفَقَتُهُ فِي مَالِهِ ، فَلِأَنَّ تَكُونَ نَفَقَةً مَنْ لَا يُعْرِفُ أَبَوَاهُ فِي مَالِهِ أَوْلَى .

فَإِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ حَاكِمٌ . . . لَمْ يَجُزْ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَنْفِقَ عَلَى اللَّقِيطِ مِنْ مَالِهِ بغيرِ إِذْنِ

الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّ الْمُلْتَقِطَ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى مَالِ اللَّقِيطِ ، وَإِنَّمَا لَهُ الْوِلَايَةُ عَلَى حَضَانَتِهِ ، فَإِنْ خَالَفَ وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ بغيرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ . . . لَزِمَهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّى بِذَلِكَ .

وَإِنْ جَاءَ الْمُلْتَقِطُ إِلَى الْحَاكِمِ وَعَرَفَهُ الْحَالَ . . . نَظَرَتْ : فَإِنْ أَخَذَ الْحَاكِمُ الْمَالَ مِنْهُ ،

وَدَفَعَهُ إِلَى أَمِينٍ ، وَأَمَرَهُ أَنْ يُعْطِيَ الْمُلْتَقِطَ كُلَّ يَوْمٍ قَدْرَ النِّفَقَةِ ، أَوْ يَنْفِقَهُ الْأَمِينُ عَلَيْهِ ،

أو قبضَ الحاكمُ المالَ مِنَ الملتَقِطِ ، ودفعَ إليه كلَّ يومٍ قَدَرَ نفقةِ اللَّقِيطِ ، وأمرَهُ بِإنفاقِ ذلكَ عليه.. جازَ .

وإن أقرَّ الحاكمُ المالَ في يدِ الملتَقِطِ ، وأمرَهُ أَنْ ينفقَ منه قَدَرُ ما يحتاجُ إليه.. فقد قالَ الشافعيُّ هاهنا وفي (الدعوى) : (يجوزُ) .

وقالَ في (اللَّقْطَةُ الكَبِيرُ) مِنْ « الأُمِّ » [٢٩٠/٣] : (إذا وَجَدَ الرجلُ ضالَّةً وأَرَادَ أَنْ يُنفِقَ عليها مِنْ مالِهِ على أَنْ يرجعَ بذلكَ على صاحبِها.. لَمْ يَجُزْ ، إلَّا أَنْ يدفعَ ذلكَ إلى الحاكمِ حتَّى يُنصَّبَ عَدْلًا ، فيأمرَ الملتَقِطَ بدفعِ المالِ إليه ، حتَّى يتولَّى الإنفاقَ) .

فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ نَقَلَ جَوَابَ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا إِلَى الأُخْرَى ، وَخَرَجَهُمَا عَلَى قَوْلَيْنِ :

أحدهما : لا يجوزُ أَنْ يأذنَ لَهُ في الموضعينِ بِالإنفاقِ ، بَلْ يَنْصَّبُ أَمِينًا يجعلُ المالَ في يَدِهِ ، ويُعطيه قَدَرَ النفقةِ كلَّ يومٍ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَذِنَ لَهُ فِي أَنْ يُنفِقَ النفقةَ ممَّا في يَدِهِ.. صارَ قابضًا مِنْ نَفْسِهِ وَمُقْبِضًا ، وَإِنَّمَا يجوزُ ذلكَ فِي الأبِ والجَدِّ .

قالَ الشيخُ أَبُو حامِدٍ : وهذا التعليلُ إِنَّمَا يصحُّ في الضالَّةِ ، وفي اللَّقِيطِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مالٌ فأقرضهُ الملتَقِطُ .

والقولُ الثاني : أَنَّهُ يجوزُ أَنْ يأذنَ لَهُ في الإنفاقِ ، وهو الصحيحُ ؛ لِأَنَّ الملتَقِطَ أَمِينٌ . فإذا أَذِنَ لَهُ في الإنفاقِ.. صارَ وليًّا ، وللوليِّ أَنْ يُنفِقَ على المولَّى عليه مِنْ مالِهِ بِإِذْنِ الحاكمِ ، كالوليِّ على اليتيمِ مِنْ قِبَلِ الحاكمِ والوصيِّ . ولأنَّهُ لَا خِلافَ أَنَّهُ إِذَا أَخَذَ المالَ مِنْ يَدِهِ ، جازَ أَنْ يدفعَ إليه كلَّ يومٍ قَدَرَ النفقةِ ويتولَّى إنفاقَ ذلكَ عليه ، فجازَ إقرارُ المالِ بيدهِ لينفقَ عليه مِنْهُ قَدَرُ حاجتهِ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ حَمَلَهُمَا عَلَى ظَاهِرِهِمَا فَقَالَ فِي اللَّقِيطِ : يجوزُ ، وقالَ في الضالَّةِ : لا يجوزُ .

والفرقُ بينهما : أَنَّ اللَّقِيطَ مُولَّى عليه بكلِّ حالٍ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ وَلَا جَدٌّ.. فالحاكِمُ وليُّهُ . وَإِذَا كَانَ لَهُ أَحَدُهُمَا.. قامَ الحاكمُ مقامَهُ عندَ غَيْبَتِهِ ، وَقَدْ أَذِنَ لَهُ . وَأَمَّا الضالَّةُ : فيجوزُ أَنْ تكونَ لِبَالِغٍ رَشِيدٍ لَا وِلايَةَ لِلحاكِمِ عليه .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ يُنْصَبُ أَمِيناً يَدْفَعُ الْمَالَ إِلَيْهِ لِيُعْطِيَهُ النِّفْقَةَ . . قَدَّرَ لَهُ الْحَاكِمُ مَا يُعْطِيهِ كُلَّ يَوْمٍ .

وإن قُلْنَا : يَأْمُرُهُ بِالْإِنْفَاقِ . . فَإِنَّهُ يُنْفِقُ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الْعُرْفِ . فَإِذَا بَلَغَ اللَّقِيطُ وَأَخْتَلَفَا فِي قَدْرِ النِّفْقَةِ ، فَإِنْ كَانَ مَا يَدْعِيهِ الْمَلْتَقِطُ النِّفْقَةَ بِالْمَعْرُوفِ . . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ . وَإِنْ أَدْعَى أَكْثَرَ مِنَ النِّفْقَةِ بِالْمَعْرُوفِ . . لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الزِّيَادَةِ ، وَلَزِمَهُ ضَمَانُ الزِّيَادَةِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْبَلَدِ حَاكِمٌ ، فَأَنْفَقَ الْمَلْتَقِطُ مِنْ غَيْرِ إِشْهَادٍ . . ضَمِنَ . وَإِنْ أَشْهَدَ ، فَهَلْ يَضْمَنُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ، وَقِيلَ : هُمَا وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ ، فَضْمَنَ كَمَا لَوْ كَانَ فِي الْبَلَدِ حَاكِمٌ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ ضَرُورَةٍ ، وَالْإِنْفَاقُ لَا بَدَّ مِنْهُ ، إِذْ لَوْ تَرِكَ مِنْ غَيْرِ إِنْفَاقٍ . . مَاتَ .

وإن لَمْ يَكُنْ لِلْقِيطِ مَالٌ . . أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ؛ لَمَا رَوَى : (أَنَّ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَسْتَشَارَ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِي نَفَقَةِ اللَّقِيطِ . . فَقَالُوا : يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ) ، وَلَئِنَّهُ لَوْ كَانَ بِالْعَامِ مَعْسِراً ، كَانَتْ نَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، فَالْقِيطُ بِذَلِكَ أَحَقُّ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ الْمَالِ شَيْءٌ ، أَوْ كَانَ فِيهِ شَيْءٌ وَلَكِنْ أَحْتِيجُ إِلَيْهِ لَمَا هُوَ أَهَمُّ مِنْ ذَلِكَ . . فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَضْطَرَّ بِالْعَمَلِ إِلَى الطَّعَامِ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ بِذَلِكَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنَ الطَّعَامِ ، وَهَلْ يَجِبُ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ عَلَى وَجْهِ الْإِنْفَاقِ ، أَوْ عَلَى وَجْهِ الْقَرْضِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَجِبُ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الْإِنْفَاقِ بِلَا عَوَضٍ ؛ لِأَنَّهُ ضَائِعٌ لَا حِيلَةَ لَهُ ، فَوَجِبَ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، كَالْمَجْنُونِ الَّذِي لَا يَعْقِلُ وَلَا شَيْءَ لَهُ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ يَجِبُ عَلَيْهِمْ كَفْنُ مَيْتٍ لَا مَالَ لَهُ .

وَالثَّانِي : يَجِبُ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ ، وَيَكُونُ قَرْضاً لَهُمْ عَلَيْهِ ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ ؛ لِأَنَّهُ نَفَقَةٌ لِأَحْيَائِهِ ، فَلَمْ يَجِبْ إِلَّا بِعَوَضٍ ، كَالْمُضْطَرِّ إِلَى الطَّعَامِ . فَإِذَا قُلْنَا : يَجِبُ عَلَيْهِمْ بِغَيْرِ عَوَضٍ . . فَإِنَّ ذَلِكَ يَجِبُ عَلَى مَنْ عَلِمَ بِهِ . فَإِذَا قَامَ بِهِ بَعْضُهُمْ . . سَقَطَ الْقَرْضُ عَنْ

الباقيين . وإن تركوا الإنفاق عليه . . أثموا ، وللإمام أن يقاتلهم عليه كما يقاتلهم على ترك صلاة الجنازة .

وإن قلنا : يجب عليهم ، ويكون قرضاً لهم . . قيل للملتقيط : أنقرضه أنت ؟ فإن قال : نعم . . جاز أن يقرض منه .

فإن قبض الحاكم منه المال ، ثم دفعه إليه ، أو إلى أمين لينفقه عليه . . جاز . وإن أمره الحاكم أن ينفق عليه قرضاً عليه . . فهل يصح ؟ فيه طريقتان ، كما قلنا فيه إذا أمره أن ينفق من مال اللقيط بيده .

وإن لم يجد مع الملتقيط ما يقرضه . . أقرض له من غيره من المسلمين . فإن لم يقرضوه . . قال الشافعي رحمه الله : (أحصى الحاكم أهل البلد وأحصى نفسه معهم وقسّط نفقته عليهم بالحصص) . ثم ينظر : فإن حصل في بيت المال شيء قبل بلوغ اللقيط ، أو قبل يساره . . قضى عنه ذلك من بيت المال ؛ لأنه لو كان في بيت المال شيء ، كانت نفقته منه . فوجب قضاء ما أقرض عليه منه . وإن حصل للطفل مال . . وجب قضاء ذلك منه . هذا ترتيب الشيخ أبي حامد ، وابن الصباغ . وذكر الشيخ أبو إسحاق في « المهدب » : إذا لم يكن للقيط مال . . ففي نفقته قولان :

أحدهما : يجب في بيت المال .

فعلى هذا : لا يرجع بما ينفق عليه على أحد .

والثاني : لا يجب في بيت المال ؛ لأن مال بيت المال لا يصرف إلا فيما لا وجه له غيره ، واللقيط يجوز أن يكون عبداً ، فتكون نفقته على سيده ، أو حرّاً له مال ، فنفقته في ماله ، أو فقيراً له من يلزمه نفقته .

فعلى هذا : يستقرض له الإمام نفقته من بيت المال ، أو من رجل من المسلمين . فإن لم يكن يمكن ذلك . . جمع الإمام من له مكنة^(١) وعدّ نفسه فيهم ، وقسّط نفقته عليهم . فإن بان أنه عبداً . . رجع على مولاه . وإن بان أن له أباً موسراً . . رجع عليه بما

(١) مكنة : غنى ومال وقدرة .

اِقْتَرَضَ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ لَهُ كَسْبٌ . . قُضِيَ مِنْهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ . . قُضِيَ مِنْ سَهْمِ مَنْ يَرَى الْإِمَامَ مِنَ الْمَسَاكِينِ أَوْ الْغَارِمِينَ .

مَسْأَلَةٌ : [ثبوت الولاية على اللقيط] :

إِذَا أَلْتَقَطَ اللَّقِيطَ حُرٌّ مُسْلِمٌ نَقَى مُوسِرٌ مُقِيمٌ . . أَقَرَّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا بَدْلَ لَهُ أَنْ يَكُونَ فِي يَدِ مَنْ يَكْفُلُهُ ، فَكَانَ الْمَلْتَقِطُ أَحَقَّ .

وَإِنْ أَلْتَقَطَهُ عَبْدٌ . . لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى حَضَانَتِهِ مَعَ خِدْمَةِ سَيِّدِهِ . فَإِنْ عَلِمَ بِهِ السَّيِّدُ وَأَقَرَّهُ فِي يَدِهِ . . جَازَ وَكَانَ السَّيِّدُ هُوَ الْمَلْتَقِطُ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْعَبْدِ إِذَا أَلْتَقَطَ لُقْطَةً وَعَلِمَ بِهَا السَّيِّدُ وَأَقَرَّهَا فِي يَدِهِ .

وَإِنْ أَلْتَقَطَهُ كَافِرٌ ، فَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ مُحْكُومًا بِإِسْلَامِهِ . . لَمْ نَقَرَّهُ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْقِيَامَ بِأَمْرِ اللَّقِيطِ وَلايَةً ، وَالكَافِرُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ عَلَى الْمُسْلِمِ ، وَلِأَنَّهُ رَبَّمَا فَتَنَهُ عَنْ دِينِهِ .

وَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ مُحْكُومًا بِكُفْرِهِ . . أَقَرَّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْكَافِرَ يَلِي عَلَى مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ دِينِهِ .

وَإِنْ أَلْتَقَطَهُ فَاسِقٌ . . لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْقِيَامَ بِأَمْرِ اللَّقِيطِ وَلايَةً ، وَالْفَاسِقُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَسْتَرْفِقَهُ .

وَإِنْ أَلْتَقَطَهُ مُعْسِرٌ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

[أَحَدُهُمَا] : قَالَ عَامَّةُ أَصْحَابِنَا : يُقَرَّرُ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ لَا تَجِبُ عَلَى الْمَلْتَقِطِ ، وَلِأَنَّ حَضَانَةَ اللَّقِيطِ وَلايَةً ، وَالْمُعْسِرُ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ .

[وَالثَّانِي] : قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : لَا يُقَرَّرُ بِيَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرِيدُ التَّبَرُّعَ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، فَلَا يُمْكِنُهُ ذَلِكَ مَعَ الْإِعْسَارِ .

وَإِنْ وُجِدَ اللَّقِيطُ فِي مِصْرٍ أَوْ قَرْيَةٍ : فَإِنْ وَجَدَهُ مَنْ يَصْلُحُ لِلْحَضَانَةِ مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ وَالْقَرْيَةِ ، وَيَرِيدُ الْإِقَامَةَ فِيهِ . . أَقَرَّ فِي يَدِهِ . وَإِنْ وَجَدَهُ مَنْ هُوَ عَلَى الْخُرُوجِ مِنْهَا إِلَى غَيْرِهَا . . نَظَرْتُ : فَإِنْ كَانَ يَرِيدُ الْإِنْتِقَالَ إِلَى بَادِيَةٍ . . لَمْ يُقَرَّرَ فِي يَدِهِ لثَلَاثَةِ مَعَانٍ :

أَحَدُهَا : أَنَّ تَرْكَهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي وَجَدَهُ فِيهِ أَرْجَى لظُهُورِ نَسَبِهِ مِنَ الْمَوْضِعِ الَّذِي يَنْقَلُهُ إِلَيْهِ .

وَالثَّانِي : أَنَّ الْحَضَرَ أَوْفَقُ لِلْقَيْطِ^(١) ، وَأَحْظُّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُوجَدُ فِي الْحَضَرِ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِتَرْبِيَةِ الطِّفْلِ ، وَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي الْبَادِيَةِ .

وَالثَّلَاثُ : أَنَّ تَرْكَهُ فِي الْحَضَرِ أَظْهَرُ لِحُرِّيَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَقَامَ بِهِ فِي الْمِصْرِ . . عَلِمَ النَّاسُ بِهِ . وَإِذَا خَرَجَ بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ . . لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَسْتَرْقَهُ الْمَلْتَقِطُ ، أَوْ يَمُوتَ فَيَسْتَرْقَهُ وَارِثُهُ .

وإِنْ أَرَادَ الْمَلْتَقِطُ أَنْ يَنْتَقِلَ بِهِ إِلَى مِصْرٍ أَوْ قَرْيَةٍ مِثْلِ الْمَوْضِعِ الَّذِي وَجَدَهُ فِيهِ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَنْقَلُهُ إِلَى مِثْلِ الْمَوْضِعِ الَّذِي وَجَدَهُ فِيهِ .

وَالثَّانِي - وَهُوَ الْمَذْهَبُ - : أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ إِذَا أَرَادَ الْإِنْتِقَالَ بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ .

وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ : (وَلَوْ أَرَادَ الَّذِي أَلْتَقَطَهُ الظُّعْنُ بِهِ ، فَإِنْ كَانَ يُؤْمَنُ أَنْ يَسْتَرْقَهُ . . فَذَلِكَ لَهُ ، وَإِلَّا . . مَنَعَهُ) .

قَالَ أَصْحَابُنَا : أَرَادَ بِهَذَا : أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا أَلْتَقَطَ لَقِيطًا ، وَثَبَتَ وِلَايَتُهُ عَلَيْهِ بِكَوْنِهِ أَمِينًا ، ثُمَّ أَرَادَ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يَظْعَنَ مِنْ ذَلِكَ الْبَلَدِ ، وَيَنْتَقِلَ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ ، أَوْ قَرْيَةٍ أُخْرَى ، وَيَنْقَلِ اللَّقِيطَ مَعَهُ ، فَإِنْ كَانَ يُؤْمَنُ أَنْ يَسْتَرْقَهُ ، بَأَنَّهُ يَكُونُ قَدْ عُرِفَتْ أَمَانَتُهُ ، وَخُبِرَ فِي الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ . . فَلَهُ أَنْ يَنْقَلُهُ مَعَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ لَهُ حَقُّ الْوِلَايَةِ وَالتَّوْبِيَةِ ، فَكَانَ أَوَّلَى مِنْ غَيْرِهِ لثَبُوتِ يَدِهِ عَلَيْهِ وَوِلَايَتِهِ . وَإِنْ لَمْ يُؤْمَنُ أَنْ يَسْتَرْقَهُ ، مِثْلُ أَنْ لَمْ تُخْتَبَرِ أَمَانَتُهُ فِي الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ . . لَمْ يُقَرَّرْ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَسْتَرْقَهُ .

فَإِنْ قِيلَ : هَذَا مُنَاقِضَةٌ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ اللَّقِيطَ لَا يُقَرَّرُ إِلَّا فِي يَدِ أَمِينٍ ، فَكَيْفَ قَالَ هَاهُنَا : (إِذَا أَرَادَ أَنْ يَظْعَنَ بِهِ - إِنْ كَانَ يُؤْمَنُ أَنْ يَسْتَرْقَهُ - تَرْكُ ، وَإِلَّا مَنَعَ) ؟

(١) فِي (م) : (أَرْفَقَ بِاللَّقِيطِ) .

فالجواب : أَنَّ الملتَقِطَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فَاسِقًا ، وَهُوَ أَمِينٌ فِي الظَّاهِرِ دُونَ الْبَاطِنِ ، بَأَن يَكُونَ غَرِيبًا دَخَلَ الْبَلَدَ ، وَلَمْ تُخْتَبَرْ أَمَانَتُهُ فِي الْبَاطِنِ ، فَإِنَّ اللَّقِيطَ يُقَرَّرُ بِيَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَدْلٌ فِي الظَّاهِرِ ، فَهَذَا لَا يُمْكِنُ مِنَ الْإِنْتِقَالِ بِهِ وَإِنْ أَقَرَّ بِيَدِهِ فِي الْبَلَدِ .

وَأَمَّا الْأَمِينُ الَّذِي عُرِفَتْ أَمَانَتُهُ فِي الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ ، بَأَن كَانَ قَدْ نَشَأَ فِي الْبَلَدِ ، وَعُرِفَتْ أَمَانَتُهُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا . فَهَذَا يُقَرَّرُ اللَّقِيطُ بِيَدِهِ ، وَيُمْكِنُ مِنَ الْإِنْتِقَالِ بِهِ بَعْدَ ثَبُوتِ وِلَايَتِهِ عَلَيْهِ .

وَأَمَّا إِذَا وَجِدَ اللَّقِيطُ فِي الْبَادِيَةِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَاجِدُ لَهُ مِنْ مِصْرٍ أَوْ قَرْيَةٍ بِقَرَبِ تِلْكَ الْبَادِيَةِ ، وَأَرَادَ حَمَلَهُ مَعَهُ إِلَى الْمِصْرِ أَوْ الْقَرْيَةِ . . أَقَرَّ بِيَدِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْظُّ لَهُ مِنَ الْبَادِيَةِ .

وَإِنْ كَانَ الْوَاجِدُ لَهُ بِدَوِيًّا ، فَإِنْ كَانَ مَقِيمًا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي وَجَدَهُ فِيهِ . . أَقَرَّ بِيَدِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَرْجَى لظَهْوَرِ نَسَبِهِ ، وَإِنْ كَانَ يَنْتَقِلُ فِي طَلَبِ الْمَاءِ وَالْكَلَاءِ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا : يُقَرَّرُ بِيَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْوَاجِدُ لَهُ ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ .
وَالثَّانِي : لَا يُقَرَّرُ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ عَلَى اللَّقِيطِ مَشَقَّةً فِي التَّنَقُّلِ .

مَسْأَلَةٌ : [تَنَازَعُ وَاجِدَانِ حَضَانَةَ لَقِيطٍ] :

إِذَا وَجَدَ اثْنَانِ لَقِيطًا ، وَتَنَازَعَا فِي حَضَانَتِهِ وَهُمَا مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ : فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَاهُ . . أَخَذَهُ الْحَاكِمُ ، وَأَقْرَهُ فِي يَدِ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُمَا قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَاهُ . وَإِنْ أَلْتَقَطَاهُ وَتَشَاخَا فِي حَضَانَتِهِ . . أَقْرَعَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ . . كَانَ أَحَقَّ بِهِ .

وَقَالَ أَبُو عَلِيٍّ بْنُ خَيْرَانَ : يُقَرَّرُ الْحَاكِمُ بِيَدِ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُ أَقْلَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ [آل عمران : ٤٤] وَلِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ فِي أَيْدِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اجْتِمَاعُهُمَا عَلَى حَضَانَتِهِ . وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ بَيْنَهُمَا فَيَكُونُ عِنْدَ أَحَدِهِمَا زَمَانًا ، وَعِنْدَ الْآخَرِ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِضْرَارًا بِاللَّقِيطِ ؛ لِأَنَّ الْأَغْذِيَةَ تَخْتَلِفُ عَلَيْهِ ، وَيَسْتَوْحِشُ بِمَفَارِقَةٍ مِنْ أُنْسٍ إِلَيْهِ . وَلَا

يُمْكِنُ أَنْ يَقْدَّمَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ . فَإِذَا بَطُلَتْ هَذِهِ الْأَقْسَامُ . . لَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنْ يُقَرَّعَ بَيْنَهُمَا .

قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي « الْأُمِّ » : (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ رَجُلَيْنِ أَوْ أَمْرَاتَيْنِ ، أَوْ رَجُلًا وَامْرَأَةً ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ وَالتَّرْبِيَةِ) .

فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ لَوْ أَفْتَرَقَ الزَّوْجَانِ ، وَلَهُمَا وَلَدٌ لَهُ دُونَ سَبْعِ سَنِينَ ، فَإِنَّ الْأُمَّ أَوْلَى بِحَضَانَةِ الْوَلَدِ ، فَهَلَّا قُلْتُمْ : إِنَّ الْمَرْأَةَ هَاهُنَا أَوْلَى بِالْحَضَانَةِ ؟

قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا : أَنَّ الْوَلَدَ هُنَاكَ خُلِقَ مِنْ مَاءِ الزَّوْجَيْنِ ، وَلِلْأُمِّ مَزِيَّةٌ بِحَمْلِهِ وَرِضَاعِهِ ، وَشَفَقَتُهَا عَلَيْهِ أَكْثَرُ ، فَلِذَلِكَ قُدِّمَتْ عَلَى الْأَبِ . وَهَاهُنَا إِنَّمَا ثَبَتَ لَهُمَا الْحَقُّ بِالِاتِّقَاطِ ، وَهُمَا مُتَسَاوِيَانِ فِيهِ ، فَلَمْ يَقْدَّمَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ ، وَلِأَنَّ إِذَا جَعَلْنَا الْحَضَانَةَ لِلْأُمِّ . . فَإِنَّ حَقَّ الْأَبِ لَا يَنْقُطُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ التَّأْدِيبَ وَالتَّعْلِيمَ إِلَيْهِ ، وَذَلِكَ جَمْعُ بَيْنِ الْحَقَّيْنِ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ هَاهُنَا ، فَإِنَّا إِذَا جَعَلْنَا الْحَضَانَةَ لِلْمَرْأَةِ . . أَنْقَطَعَ حَقُّ الرَّجُلِ عَنْهُ .

فَرُعُ : [تَنَازَلَ أَحَدَ الْوَاجِدِينَ عَنِ الْحَضَانَةِ لِلْآخَرِ] :

فَإِنْ أَلْتَقَطَهُ أَثْنَانِ ، وَتَرَكَ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ مِنَ الْحَضَانَةِ لِلْآخَرِ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، بَلْ يَرْفَعُ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ لِيَقْرَهُ فِي يَدِ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ الْمَلْتَقِطَ إِنَّمَا يَمْلِكُ الْحَضَانَةَ وَلَا يَمْلِكُ نَقْلَ الْوِلَايَةِ إِلَى غَيْرِهِ .

وَالثَّانِي : يَقْرَأُ فِي يَدِ الْآخَرِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمَا ، فَإِذَا تَرَكَ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ ثَبَتَ الْجَمِيعُ لِلْآخَرِ ، كَمَا لَوْ ثَبَتَتْ لَهُمَا الشُّفْعَةُ فَعَفَا أَحَدُهُمَا عَنْ حَقِّهِ . وَلَيْسَ ذَلِكَ بِنَقْلِ وَِلَايَةٍ وَإِنَّمَا تَرَكَ حَقَّ .

وَإِنْ تَنَازَعَا حَضَانَتَهُ وَأَحَدُهُمَا مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، وَالْآخَرُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ . . أَقَرَّ فِي يَدِ مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْآخَرِ فِي حَضَانَتِهِ .

مسألة : [ادعى رجلان من أهل الحضانة لقيطاً] :

إذا تداعى رجلان من أهل الحضانة لقيطاً . فقال كل واحد منهما : أنا ألتقطته ، فلي حق حضانته ، فإن لم يكن لأحدهما عليه يد . فإن الحاكم يأخذه ويقره في يد من يرى منهما ، أو من غيرهما ؛ لأنه لا يد لأحدهما عليه . وإن كان في يد أحدهما . . . كان صاحب اليد أحق به ؛ لأن له يد تدل على الالتقاط . فإن قال الآخر : أنا ألتقطته أولاً ، وإنما غصبه الآخر مني . فالقول قول صاحب اليد مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم الغصب . وإن كان في يديهما :

قال الشيخ أبو حامد وأبو الصبّاغ : أقرع بينهما ؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر .

وقال الشيخ أبو إسحاق : يتحالفان . فإن حلفا أو نكلا . أقرع بينهما . ولهذا أولى ؛ لأن كل واحد منهما يدعي أنه هو الملتقط أولاً ، وأن الآخر أدخل يده معه ، فتحالفا كالمختلفين في الملك . فإن حلف أحدهما ، ونكل الآخر . . . قضى به للحالف .

وإن كان لأحدهما بيّنة دون الآخر . . . قضى لصاحب البيّنة ؛ لأن البيّنة أقوى من الدعوى .

وإن كان مع كل واحد منهما بيّنة : فإن كانت البيّتان مؤرختين تأريخاً واحداً ، أو مطلقتين ، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة . . . تعارضتا ، وفيهما قولان^(١) :

أحدهما : تسقطان . فيكون الحكم كما لو لم يكن مع أحدهما بيّنة .

والثاني : يستعملان . وفي الاستعمال ثلاثة أقوال :

أحدها : يُقسَمُ بينهما .

والثاني : يُوقَفُ الأمرُ حتّى ينكشف .

(١) في نسخة : (وجهان) .

والثالث : يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا .

وَلَا تَجِيءُ هَاهُنَا الْقِسْمَةُ وَلَا الْوَقْفُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَضُرُّ بِاللَّقِيطِ . وَلَكِنْ يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ . . قُدِّمَ . وهل يحلف مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ^(١) يَأْتِي بَيَانُهُمَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

وَإِنْ كَانَا مَوْزَحَتَيْنِ ، وَتَارِيخُ إِحْدَاهُمَا أَسْبَقُ مِنَ الْأُخْرَى . . قُدِّمَتِ السَّابِقَةُ بِالتَّارِيخِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ أَنَّهُ سَابِقُ . وَيَفَارِقُ إِذَا ادَّعَا مِلْكَ عَيْنٍ ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، وَتَارِيخُ إِحْدَاهُمَا أَسْبَقُ ، فَإِنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ قَدْ يَنْتَقِلُ عَنِ الْأَسْبَقِ إِلَى الْآخِثِ . وَالْمَلْتَقِطُ إِذَا ثَبَتَ يَدُهُ عَلَى اللَّقِيطِ . . لَمْ يَنْتَرَعَهُ مِنْ يَدِهِ إِلَّا الْحَاكِمُ - إِذَا تَغَيَّرَ حَالُهُ - وَيُقَرَّعُ فِي يَدِ آخَرَ ، وَذَلِكَ لَيْسَ بِالتَّقَايُ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ الْبَيِّنَةَ الَّتِي تُقْبَلُ فِي الْإِلْتِقَاطِ عِنْدَ التَّدَاعِي إِنَّمَا هِيَ شَاهِدَانِ . فَأَمَّا الشَّاهِدُ وَالْمَرَاتَانِ ، أَوِ الشَّاهِدُ وَالْيَمِينُ ، أَوِ النِّسَاءُ مُنْفَرِدَاتٍ . . فَإِنَّهَا لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِمَالٍ ، وَلَا الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَالُ . وَهُوَ مِمَّا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ ، فَلَمْ يُقْبَلْ فِيهِ إِلَّا الشَّاهِدَانِ ، كَالْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ .

مَسْأَلَةٌ : [ادْعَى الْمَلْتَقِطُ ابْنًا فَيَلْحَقَهُ] :

وَإِذَا أَلْتَقَطَ رَجُلٌ لَقِيطًا ، ثُمَّ قَالَ الْمَلْتَقِطُ : هُوَ ابْنِي . . فَإِنَّهُ يَلْحَقُهُ نَسَبُهُ ، وَيَكُونُ ابْنًا لَهُ .

وَحَكِي عَنْ مَالِكٍ : أَنَّهُ قَالَ : (إِنْ كَانَ قَدْ تَعَسَّرَ ^(٢) عَلَيْهِ الْوَلَدُ . . لَمْ يَبْثُ نَسَبُهُ مِنْهُ . وَإِنْ لَمْ يَتَعَسَّرْ عَلَيْهِ الْوَلَدُ . . ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ) .

دَلِيلُنَا : أَنَّهُ ^(٣) أَقَرَّ بِنَسَبِ مَجْهُولِ النِّسَبِ ^(٤) ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، وَلَيْسَ فِي

(١) فِي (م) : (قَوْلَانِ) .

(٢) تَعَسَّرَ : ضَدُّ يَسَّرَ ، صَعِبَ وَاشْتَدَّ وَالتَّاثُ .

(٣) فِي نَسَخَةٍ : (وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فَإِنَّهُ) .

(٤) فِي (م) : (السَّبَبُ) .

إقراره إضراراً بغيره ، فقبل ، كما لو أقرَّ له بمالٍ ، أو كما لو لم يتعسَّر عليه الولدُ .

فقولنا : (أقرَّ بنسبٍ مجهول النسبِ) احترازٌ ممَّنْ أقرَّ بنسبٍ معلوم النسبِ من غيره .

وقولنا : (ويمكنُ أن يكونَ منه) احترازٌ ممَّنْ أقرَّ ببنوَّةٍ من هو أكبرُ منه سناً ، فإنَّه لا يقبلُ ؛ لأنَّه يُقطعُ بكذبه .

وقولنا : (وليسَ في إقراره إضرارٌ بغيره) احترازٌ ممَّنْ أقرَّ ببنوَّةٍ عبدٍ لغيره ، فإنَّه لا يقبلُ ؛ لأنَّه يضُرُّ بالمولى ؛ لأنَّه قد يُعتَقُّ فيكونُ ميراثُهُ للأبِ دونَ المولى .

إذا ثبتَ هذا : فإنَّ الشافعيَّ قالَ : (المستحبُّ للحاكمِ أن يسألَ الملتقيطَ من أين صارَ أبْنُهُ ؛ لئلاَّ يكونَ ممَّنْ يعتقُدُ أنَّه يكونُ أبناً له بالالتقاطِ والتربية . وإن لم يسألهُ . . . جاز) .

وإن ادَّعى غيرُ الملتقيطِ بنوَّةَ اللَّقيطِ . . لحقَّه نسبهُ ، وصارَ أبناً له ؛ للمعنى الذي ذكرناه في الملتقيطِ . ويُدفعُ إلى الأبِ ؛ لأنَّه أحقُّ بحضانتِهِ من غيره .

فرعٌ : [ادعاء المسلم وغيره نسب لقيط] :

قالَ الشافعيُّ : (ودعوةُ المسلم والعبدِ والذميِّ سواءٌ . غيرَ أنَّ الذميَّ إذا ادَّعاهُ ، ووجدهُ في دارِ الإسلامِ ، فالحقُّه به . . أحبُّ أن أجعله مسلماً) .

وجملةُ ذلكَ : أنَّ الدَّعوةَ - بكسرِ الدالِ - : ادَّعاءُ النَّسبِ ، وبضمِّها : الطعامُ الذي يدعى إليه الناسُ ، ويفتحها : مصدرٌ دعا يدعو دَعوةً .

إذا ثبتَ هذا : فإنَّ الحرَّ المسلمَ إذا ادَّعى نسبَ لقيطٍ . . فإنَّه يقبلُ ، ويثبتُ نسبُهُ منه ؛ لما ذكرناه ، ويلحقُّه في الإسلامِ ؛ لأنَّه صارَ أبناً له .

وأما العبدُ إذا ادَّعى بنوَّةَ لقيطٍ . . فقد نصَّ الشافعيُّ هاهنا : (أنَّه يقبلُ) . قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٦٦] : ونصَّ في موضعٍ آخرَ : (أنَّه لا يقبلُ) .

وأختلفَ أصحابنا فيه :

فمنهم مَنْ قَالَ : تُقْبَلُ دَعْوَتُهُ ، وَيُثْبِتُ النَّسَبُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ كَالْحُرِّ فِي جِهَاتِ
أَسْتِحْقَاقِ النَّسَبِ مِنَ الْوُطْءِ بِالنِّكَاحِ وَبِالشُّبْهَةِ . . فَكَانَ كَالْحُرِّ فِي دَعْوَةِ النَّسَبِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : تُقْبَلُ دَعْوَتُهُ ، وَيُثْبِتُ النَّسَبُ مِنْهُ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ .

وَالثَّانِي : لَا تُقْبَلُ دَعْوَتُهُ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِطْطَالَ حَقِّ السَّيِّدِ مِنَ الْوَلَاءِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ
يُعْتَقُّ وَيَمُوتُ ، فَيَكُونُ مِيرَاثُهُ لِابْنِهِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَا تُقْبَلُ دَعْوَتُهُ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ .

وَالطَّرِيقُ الْأَوَّلُ هُوَ نَقْلُ الْبَغْدَادِيِّينَ مِنْ أَصْحَابِنَا ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ .

فَعَمِلُوا هَذَا : لَا يُسَلِّمُ اللَّقِيطُ إِلَى أَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُ مَشْغُولٌ بِخِدْمَةِ سَيِّدِهِ ، وَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ
نَفَقَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، وَلَا تَجِبُ عَلَى سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ حُرٌّ ، فَلَمْ تَجِبْ عَلَى مَوْلَى الْعَبْدِ
نَفَقَتُهُ .

وَإِنْ أَدَّعَى كَافِرٌ بَنُوهُ اللَّقِيطُ ، قُبِلَتْ دَعْوَتُهُ ، وَثُبِتَ نَسَبُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ كَالْمُسْلِمِ فِي
الْجِهَاتِ الَّتِي يَثْبِتُ مِنْهَا النَّسَبُ ، مِنَ الْوُطْءِ بِالنِّكَاحِ فِي الْمِلْكِ وَالشُّبْهَةِ . . فَكَانَ
كَالْمُسْلِمِ فِي لُحُوقِ النَّسَبِ بِهِ ، وَهَلْ يَلْحَقُ بِهِ فِي الدِّينِ ؟

قَالَ الشَّافِعِيُّ هَاهُنَا : (أَحَبِّتُ أَنْ أَجْعَلَهُ مُسْلِمًا) فَظَاهِرُ هَذَا : أَنَّهُ يَكُونُ كَافِرًا .
وَقَالَ فِي (الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ) : (أَجْعَلُهُ مُسْلِمًا) . فَظَاهِرُ هَذَا : أَنَّهُ لَا يَكُونُ كَافِرًا .

وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهَا :

فَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : لَيْسَتْ عَلَى قَوْلَيْنِ ، وَإِنَّمَا هِيَ عَلَى اخْتِلَافِ حَالَيْنِ :
فَحَيْثُ جَعَلَهُ كَافِرًا . . أَرَادَ : إِذَا أَدَّعَى نَسَبَهُ وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةً ؛ لِأَنَّهُ إِذَا ثَبِتَ
بِالْبَيِّنَةِ أَنَّهُ وَلَدَ عَلَى فِرَاشِ كَافِرٍ . . كَانَ مَوْلُودًا بَيْنَ كَافِرَيْنِ ، فَكَانَ كَافِرًا .

وَالْمَوْضِعُ الَّذِي جَعَلَهُ مُسْلِمًا . . أَرَادَ : إِذَا أَدَّعَى بُنُوَتَهُ وَلَمْ يُقِمِ بَيِّنَةً . . فَإِنَّهُ يَلْحَقُهُ
نَسَبُهُ ، وَلَا يَكُونُ كَافِرًا ؛ لِأَنَّا حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ بِظَاهِرِ الدَّارِ . . فَلَا نَحْكُمُ بِكُفْرِهِ بِقَوْلِ
كَافِرٍ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : إِذَا أَدَّعَاهُ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ . . حُكِمَ بِكُفْرِهِ قَوْلًا وَاحِدًا ، كَمَا قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ . وَإِنْ لَمْ يُقِمِ الْبَيِّنَةَ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يُحْكَمُ بِكُفْرِهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا أَلْحَقَهُ بِنَسَبِهِ ، أَلْحَقَهُ بِدِينِهِ ، كَالْبَيِّنَةِ .

وَالثَّانِي : لَا يُحْكَمُ بِكُفْرِهِ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ تَضَمَّنَ مَا يَنْفَعُ اللَّقِيطَ وَهُوَ : وَجُوبُ^(١) نَفَقَتِهِ وَحَضَانَتِهِ عَلَيْهِ ، وَمَا يَضُرُّهُ وَهُوَ : كَوْنُهُ كَافِرًا ، فَقُبِلَ قَوْلُهُ فِيمَا يَنْفَعُ اللَّقِيطَ دُونَ مَا يَضُرُّهُ . وَلَئِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ وَلَدُهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ بِإِسْلَامِ أُمِّهِ ، وَإِذَا أَحْتَمَلَ هَذَا . . لَمْ يُحْكَمَ بِكُفْرِهِ مَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِظَاهِرِ الدَّارِ بِقَوْلِ كَافِرٍ .

وَالصَّحِيحُ : طَرِيقَةُ أَبِي إِسْحَاقَ ، وَقَدْ نَصَرَ الشَّافِعِيُّ عَلَيْهَا فِي « الْإِمْلَاءِ » . فكلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنَا بِكُفْرِهِ ، فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ : (أَحَبُّتُ أَنْ أَجْعَلَهُ مُسْلِمًا) . قَالَ أَصْحَابُنَا : أَرَادَ : أَنَّ الْمُسْتَحَبَّ أَنْ لَا يُدْفَعَ إِلَيْهِ ؛ لِثَلَاثٍ يَفْتَنُهُ عَنِ الْإِسْلَامِ إِنْ أَرَادَهُ ، بَلْ يُتْرَكُ فِي يَدِ الْمَلْتَقِطِ ، وَيُؤْخَذُ الْكَافِرُ بِنَفَقَتِهِ وَأُجْرَةِ حَضَانَتِهِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ . وَإِنْ وَصَفَ الْإِسْلَامَ . . حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ مِنَ الْآنَ . وَإِنْ وَصَفَ الْكُفْرَ . . فَهُوَ كَافِرٌ لَمْ يَزَلْ ، وَدَفَعْنَاهُ إِلَى أَبِيهِ .

وَكُلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ . . فَلَا يَجُوزُ دَفْعُهُ إِلَى أَبِيهِ ، بَلْ يُتْرَكُ فِي يَدِ الْمَلْتَقِطِ وَيَطَالَبُ أَبُوهُ بِنَفَقَتِهِ وَأُجْرَةِ حَضَانَتِهِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ . فَإِنْ وَصَفَ الْإِسْلَامَ . . حَكَمْنَا بِأَنَّهُ مُسْلِمٌ لَمْ يَزَلْ . وَإِنْ وَصَفَ الْكُفْرَ . . فَهَلْ يَقْرَأُ عَلَيْهِ ؟ يَأْتِي بَيَانُهُ .

مَسْأَلَةٌ : [دَعْوَةُ الْمَرْأَةِ] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ : (وَلَا دَعْوَةَ لِلْمَرْأَةِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ) .

وَجَمَلَةُ ذَلِكَ : أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا ادَّعَتْ بُنُوَّةَ اللَّقِيطِ . . فَهَلْ تَقْبَلُ دَعْوَتُهَا مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ ؟ ائْتَلَفُوا أَصْحَابُنَا فِيهَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ^(٢) :

ف [الْأَوَّلُ] : مِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَا تَقْبَلُ دَعْوَتُهَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ يُمْكِنُهَا

(١) فِي (م) : (ثُبُوت) .

(٢) فِي (م) : (أَوْجِه) .

إقامة البينة على أنَّ الولد منها قطعاً ، فلم يُقبل قولها بمجرّد الدعوى ، والأب لا يمكنه إقامة البينة على أنَّ الولد منه قطعاً ، فلذلك قبلنا قوله ، كما نقول فيمن علّق طلاق أمراته على ولادتها ، أو على دخول الدار ، فإنه لا يُقبل قولها على الولادة والدخول إلاّ ببينة . ولو علّق طلاقها على حيضها . . قبل قولها فيه من غير بينة .

[والثاني] : منهم من قال : تُقبل دعوتها بكلّ حال ؛ لأنها أحد الأبوين . . فقبل قولها في إلحاق النسب بها ، كالأب . ولأنّ المرأة كالرجل في الجهات التي يلحق منها النسب ، وتزيد عليه في أنّها يلحقها ولدها الذي زنت به . فإذا لحق الرجل النسب بالإقرار . . فالمرأة بذلك أولى .

فعلى هذا : إن كانت فراشاً لزوج أو سيّد . . لم يلحق الولد بالزوج ولا بالسيّد ؛ لأنّا إنّما ألحقناه بها لإقرارها . ولم يوجد من الرجل إقرار . وإن كانت مملوكة . . لم يحكم برقه ؛ لأنّا لا نقبل قولها فيما يضره .

[والثالث] : منهم من قال : إن كانت فراشاً لزوج أو سيّد . . لم يلحقها النسب ؛ لأنّ ذلك يتضمّن إلحاق النسب بغيرها من غير رضاه . وإن كانت خالية من الفراش . . لحقها النسب ؛ لأنه لا يتضمّن إلحاق النسب بغيرها .

مسألة : [ادعيا بنوة لقيط] :

إذا ادّعى رجلان بنوة لقيط . . لم يلحق بهما . وبه قال مالك وأحمد . وقال أبو حنيفة : (يلحق بهما) .

وقال المتأخرون من أصحاب أبي حنيفة : يجوز أن يلحق الولد بمئة أب .

دلّيلنا : قوله تعالى : ﴿ إِنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى ﴾ [الحجرات : ١٣] .

إذا ثبت هذا : نظرت في المتداعيين : فإن جاء معاً وأدّعا نسبه ، ولا بينة مع أحدهما . . فإنه يعرض على القافة^(١) . فإن ألحقته بأحدهما . . لحق به . وبه قال عليّ

(١) والقيافة ، مأخوذ من قاف أثره - من باب قال - : إذا اتبعه ، مثل قفا أثره ، والقائف : الذي يعرف الآثار ، يجمع على القافة مثل كافر وكفرة ، وهو : الذي يتبع العلامات والأمارات =

وَأَنَسٌ^(١) ، وإحدى الروایتين عَنْ عَمَرَ^(٢) . وَبِهِ قَالَ عَطَاءُ وَالْأَوْزَاعِيُّ وَمَالِكٌ وَأَحْمَدُ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : (لَا أُرِيهِ الْقَافَةَ ، وَالْحَقُّهُ بِهِمَا) .

دليلنا : ما رَوَى الشافعي عَنْ سَفْيَانَ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ : دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَعْرَفُ السَّرُورِ فِي وَجْهِهِ ، فَقَالَ : « أَيُّ عَائِشَةَ : أَلَمْ تَرِنِي إِلَى مُجْزَرِ الْمُذَلِّجِي : نَظَرَ إِلَى أَسَامَةَ وَزَيْدٍ عَلَيْهِمَا قُطِيفَةٌ ، وَقَدْ غَطَّيَا رُؤُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا فَقَالَ : إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ »^(٣) . وَلَوْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ حَقًّا وَصَوَابًا . لَمَّا سُرَّ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ .

وروي : (أَنَّ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : دَعَا قَائِفًا فِي رَجُلَيْنِ تَدَاعِيَا وَلَدًا ، فَقَالَ : لَقَدْ أَشْرَكَا فِيهِ ، فَقَالَ : وَالِإِيَّاهُمَا شَتَّ)^(٤) .

= الموجودة بشخصين أو أكثر ليحكم بوجود صلة بينهما بشبهة ونحوها من أب أو أخ فيلحق النسب بينهما ، والله أعلم .

(١) أخرج خبر أنس الشافعي في « ترتيب المسند » (٩٨ / ٢) وفيه : (أنه شك في ابن له فدعا له القافة) .

(٢) أخرج خبر عمر رضي الله عنه الشافعي في « ترتيب المسند » (٩٩ / ٢) في النسب ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٣٤٧٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٦٣ / ١٠) في الدعوى والبيّنات وفيه : (لهذا أمر لا أقضي فيه شيئاً ، ثم قال للغلام : اجعل نفسك حيث شئت) ، ورواه عنه أيضاً عبد الرزاق في « المصنف » (١٣٤٧٥) بلفظ : (أن رجلين ادعيا ولداً فدعا عمر القافة واقتدى في ذلك ببصر القافة ، وألحقه أحد الرجلين) . وسيأتي نحوه .

(٣) أخرجه من طرق عن عائشة البخاري (٦٧٧٠) في الفرائض ، باب : القائف ، وبنحوه رواه مختصراً (٣٧٣١) في الفضائل ، ومسلم (١٤٥٩) في الرضاع ، باب : العمل بالحق القائف الولد ، وأبو داود (٢٢٦٧) و (٢٢٦٨) في الطلاق ، والترمذي (٢١٣٠) في الولاء والهبة ، والنسائي في « الصغرى » (٣٤٩٣) و (٣٤٩٤) وفي « الكبرى » (٥٦٨٧) و (٥٦٨٨) في الطلاق ، وابن ماجه (٢٣٤٩) في الأحكام ، والدارقطني في « السنن » (٢٤٠ / ٤) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٦٢ / ١٠) في الدعوى والبيّنات . ومن ألفاظه . « يا عائشة أَلَمْ تَرِي » و : « أَلَمْ تَرِي أَنْ مُجْزَرًا . . . » و : « أَلَمْ تَرِي يَا عَائِشَةُ » و : « بِسْمِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَعْجَبَهُ ذَلِكَ » قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (٩٩ / ٢) : فدل على اعتبار قول القائف في ذلك . . . وقد تكلم بعض من لا يعلم في ذلك ، فلما قال مجزَر ذلك فرح النبي ﷺ .

(٤) أخرج خبر عمر من طريقين مالك في « الموطأ » (٧٤٠ / ٢) ، ومن طريقه الشافعي في « ترتيب =

وإن سَبَقَ أحدهما بالدعوى ، أو ادَّعياهُ معاً ، وكانَ في يدِ أحدهما . فهل يُقدَّمُ السابقُ بالدَّعوى أو صاحبُ اليدِ ؟ فيه وجهان ، حكاهما أبْنُ اللَّبَّانِ :
أحدهما : يُقدَّمُ السابقُ بالدَّعوى ، وصاحبُ اليدِ لا مزيةَ له بذلك .
فعلى هذا : لو كانَ في يدِ أحدهما ، فسبَقَ أحدهما بدعواه ، ثمَّ ادَّعاهُ صاحبُ اليدِ . . . قُدِّمَ السابقُ بالدَّعوى ؛ لأنَّه قد حُكِمَ بثبوتِ نَسَبِهِ مِنَ الْأَوَّلِ .

والوجهُ الثاني : أنَّه لا يُقدَّمُ السابقُ بالدعوى ولا صاحبُ اليدِ . بل يُعرضُ على القافةِ ، وهو المنصوصُ ؛ لأنَّ وَلَدَ الْإِنْسَانِ قد يكونُ في يدِ غيره . ولأنَّ اليدَ إنما تدلُّ على المِلِكِ لا على النَّسَبِ . وأمَّا السَّبْقُ بالدعوى : فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُقدَّمْ بِهِ فِي الْمِلِكِ . . . ففي النسبِ أولى . فَإِنْ عَلِمَ أَنَّ أَحدهما قد سَبَقَ بالدعوى وأشكَلَ عليه ^(١) ، وقلنا : يُقدَّمُ السابقُ بالدعوى . . . ففيه وجهان ^(٢) خرَّجهما أبْنُ اللَّبَّانِ :

أحدهما : يكونُ كما لو ادَّعياهُ معاً . فيُعرضُ على القافةِ ؛ لأنَّه لَمْ يثبتِ السابقُ .
والثاني : لا يُعرضُ على القافةِ ، بل يوقَّفُ أبداً ؛ لأنَّه يُرجى معرفةُ السابقِ بقيامِ البَيِّنَةِ ^(٣) .

فرعٌ : [ادعيا نسباً له فترجحه القافة] :

إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ نَسَبَ لِقَيْطٍ . . . لِحَقِّ بِهِ . فَلَوْ جَاءَ آخَرُ بَعْدَهُ وادَّعَى نَسَبَهُ وَلَا بَيِّنَةَ ، وقلنا : لَا يُقدَّمُ السابقُ بالدَّعوى . . . فَإِنَّهُ يُعرضُ على القافةِ ، وفي كَيْفِيَّةِ عَرْضِهِ على القافةِ وَجْهَانِ :

= المسند (١٠٠/٢) (١٠١) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٦٣/١٠) في الدعوى والبيِّنات وفي الباب عنه وقد سلف .

وقد روى عن الزهري نحو خبر عمر عبد الرزاق في « المصنف » (١٣٤٨٠) وفيه : أن رجلاً وقع على أمته في عدتها من زوجها فقال : يدعى لها القائف فإن عمر بن الخطاب ومن بعده قد أخذوا بنظر القافة في مثل هذا .

(١) في نسخة : (عينه) .

(٢) في نسخة : (قولان) .

(٣) قال النواوي في « روضة الطالبين » (٥٠٦/٤ - ٥٠٧) : ولو ألحقه القائف بأحدهما ، وأقام الآخر بيئته ، قدمت البيئته ؛ لأنها حجة في كل خصومة .

أحدهما - وهو المشهور - : أَنَّهُ يُعْرَضُ مَعَ الثَّانِي وَحْدَهُ ، فَإِنْ لَمْ تُلْحَقْهُ بِالثَّانِي ، أَوْ نَفَتْهُ عَنْهُ . . لَحِقَ بِالْأَوَّلِ بِدَعْوَتِهِ الْأُولَى . وَإِنْ أَلْحَقْتَهُ بِالثَّانِي . . عُرِضَ أَيْضاً مَعَ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ لَمْ تُلْحَقْهُ بِالْأَوَّلِ ، أَوْ نَفَتْهُ عَنْهُ . . لَحِقَ بِالثَّانِي وَأَنْتَزَعَ مِنْ يَدِ الْأَوَّلِ . وَإِنْ أَلْحَقْتَهُ بِالْأَوَّلِ . . لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنْ أَحَدِهِمَا ، وَتُرِكَ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَيَنْتَسِبَ إِلَى أَحَدِهِمَا .

وحكى أَبُو سَرِيحٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا : أَنَّهُ يُلْحَقُ بِهِمَا . وَلَيْسَ بِشَيْءٍ .

وَالْوَجْهُ الثَّانِي : أَنَّ الْوَلَدَ يُعْرَضُ مَعَ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي مَعاً ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَباً ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنَ الْأَوَّلِ بِدَعْوَتِهِ السَّابِقَةِ .

وَأَمَّا إِذَا جَاءَ مَعاً وَادَّعَى نَسَبَهُ : فَإِنَّهُ يُعْرَضُ مَعَهُمَا عَلَى الْقَافَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، فَإِنْ أَلْحَقْتَهُ بِأَحَدِهِمَا . . لَحِقَ بِهِ ، وَأَنْتَفَى عَنِ الْآخَرِ . وَإِنْ أَلْحَقْتَهُ بِهِمَا . . لَمْ يَلْحَقْ بِهِمَا ، وَتُرِكَ حَتَّى يَبْلُغَ وَيَنْتَسِبَ إِلَى أَحَدِهِمَا .

وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : يَلْحَقُ بِهِمَا ، وَهُوَ قَوْلُ أَحْمَدَ ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ابْنُهُمَا . وَهَكَذَا إِنْ نَفَتْهُ الْقَافَةُ عَنْهُمَا ، أَوْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ قَافَةٌ ، أَوْ كَانَتْ وَأَشْكَلَ عَلَيْهَا الْأَمْرُ . . فَإِنَّهُ يُتْرَكُ حَتَّى يَبْلُغَ ، أَوْ يَقَالُ لَهُ : أَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ يَمِيلُ إِلَيْهِ طَبْعُكَ ؛ لِحَدِيثِ عُمَرَ ، وَلِأَنَّ الْوَلَدَ يَمِيلُ طَبْعُهُ إِلَى مَنْ هُوَ مِنْهُ .

فَإِنْ أَنْتَسَبَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ : أَخْطَأْتُ ، وَإِنَّمَا أَنَا ابْنُ الْآخَرِ . . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ . وَهَكَذَا لَوْ أَلْحَقْتَهُ الْقَافَةُ بِأَحَدِهِمَا ، ثُمَّ قَالَتْ : أَخْطَأْتُ ، وَإِنَّمَا هُوَ ابْنُ الْآخَرِ . . لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنَ الْأَوَّلِ بِقَوْلِهَا ، فَلَا يَسْقُطُ بِقَوْلِهَا ، كَمَا لَوْ ادَّعَى رَجُلَانِ عَيْنًا ، فَشَهِدَ لِأَحَدِهِمَا بِهَا شَاهِدَانِ ، وَحَكَمَ بِشَهَادَتِهِمَا ، ثُمَّ قَالَ : أَخْطَأْنَا ، وَإِنَّمَا هِيَ مَلَكُ الْآخَرِ . . فَإِنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِهَا لِلثَّانِي .

وَهَلْ يَصْحُحُ أَنْ يَنْتَسِبَ إِلَى أَحَدِهِمَا إِذَا صَارَ مَمَيَّزاً قَبْلَ أَنْ يَبْلُغَ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ^(١) :

أَحَدُهُمَا : يَصْحُحُ ، كَمَا يَصْحُحُ أَنْ يَخْتَارَ الْوَلَدُ الْكَوْنَ مَعَ أَحَدِ الْأَبَوَيْنِ إِذَا صَارَ مَمَيَّزاً ، وَإِنْ لَمْ يَبْلُغَ .

والثاني : لا يصح ؛ لأنَّ قوله يثبتُ به النسبُ وتلزمُ به الأحكامُ ، فلم يصحَّ من الصبيِّ بخلافِ الكونِ مع أحدِ الأبوينِ . . فإنَّه غيرُ لازمٍ .

وأما إذا كانَ هناكَ بيِّنَةٌ ، فإنَّ كانتَ معَ أحدهما دونَ الآخرِ . . حُكِمَ لصاحبِ البيِّنَةِ ؛ لأنَّ البيِّنَةَ أقوى من الدَّعوى ، كما قلنا في المِلِكِ . وإنَّ كانَ معَ كلِّ واحدٍ منهما بيِّنَةٌ . . تعارضتا . وفي البيِّنَتَيْنِ إذا تعارضتا قولان :

أحدهما : أنَّهما تسقطانِ . وهو الصحيحُ .

فعلى هذا : يكونُ كما لو لم يكنْ هناكَ بيِّنَةٌ ، فيعرضُ على القافةِ .

والثاني : أنَّهما تستعملانِ ، وفي الاستعمالِ ثلاثةُ أقوالٍ :

أحدها : القسمةُ . والثاني : الوقفُ . والثالثُ : القرعةُ .

ولا تجيءُ هاهنا القسمةُ ولا الوقفُ ؛ لأنَّ القسمةَ لا تمكُنُ ، والوقفَ يضرُّ باللقيطِ . وهل تجيءُ هاهنا القرعةُ ؟ فيه وجهان :

[الوجهُ الأوَّلُ] : قال الشيخُ أبو حامدٍ : يُقرعُ بينهما . فمَنْ خرجتْ له القرعةُ . .

حكَمَ له بالنسبِ ، وهل يحلفُ مَنْ خرجتْ له القرعةُ ؟ فيه قولانِ يأتي بيانهما .

[والثاني] : قال القاضي أبو الطَّيِّبِ : لا يُقرعُ بينهما ؛ لأنَّ القرعةَ لا مدخلَ لها في

النسبِ . وإنما يُعرضُ على القافةِ . قال ابنُ الصَّبَّاحِ : وهذا أقيسُ .

فإنَّ ادَّعى الملتقيطُ نسبَ اللقيطِ . . ثبتَ نسبُه منه . فإنَّ جاءَ آخرُ وادَّعى أنَّه أبْنُه ،

فإنَّ أقامَ الثاني بيِّنَةً ، ولا بيِّنَةً معَ الملتقيطِ . . لحقَّ النسبُ بالثاني ؛ لأنَّ البيِّنَةَ أقوى من

الدَّعوى واليدِ . وإنَّ أقامَ الأوَّلُ بيِّنَةً أيضاً . . تعارضتِ البيِّنَتانِ ، وكانَ الحكمُ فيه

ما مضى في تعارضِ البيِّنَتَيْنِ .

فإنَّ قيلَ : هلاًَّ قدَّمتمُ بيِّنَةَ الملتقيطِ كما قدَّمتمُ بيِّنَةَ صاحبِ اليدِ في المِلِكِ ؟

قلنا : لا نقولُ ذلكَ ؛ لأنَّ اليدَ لا تدلُّ على الأنسابِ ، وإنما تدلُّ على الأملاكِ ،

ولأنَّ المِلِكَ قد يحصلُ باليدِ - وهو : الاصطيدُ والاعتنامُ - والنسبُ لا يحصلُ باليدِ

بحالٍ .

فرعٌ : [ذكر علامة من أحدهما لا تقدّمه] :

وإن أدعى رجلان نسب لقيط ، وذكر أحدهما في اللقيط علامة ، من خال^(١) في بدنه ، أو شامة^(٢) ، وما أشبه ذلك ، ولم يذكر الآخر ذلك .. لم يقدم الواصف له بذلك .

وقال أبو حنيفة : (يقدم الواصف له بذلك) .

دليلنا : أن معرفة العلامة هو وصف للمدعى ، والمدعى لا يقدم بوصف ما ادّعاه ، كما لو ادّعى ملك عين ووصفها أحدهما .

وإن أدعى حرّ وعبد نسب لقيط ، أو مسلم وكافر^(٣) .. لم يقدم أحدهما على الآخر .

وقال أبو حنيفة : (يقدم الحرّ على العبد ، والمسلم على الكافر) .

ودليلنا : أن كل واحد منهما لو انفرد بالدّعى .. قبلت دعواه^(٤) ، فإذا اجتمعا .. تساويا ، كالحرّين المسلمين .

فرعٌ : [ادعتا ولادة لقيط] :

وإن ادّعت امرأتان ولادة لقيط ، ولا بينة لواحدة منهما :

فإن قلنا : لا تقبل دعوى المرأة في النسب بكلّ حال .. لم تقبل دعوى واحدة منهما .

وإن قلنا : تقبل دعوتها إذا لم تكن فراشاً ، ولا تقبل إذا كانت فراشاً ، فإن كانتا

(١) الخال : نكتة سوداء تكون في نحو وجه الإنسان كالشامة الكبيرة ، وقد يكون عليها شعرات .

(٢) الشامة - تجمع على شام - : علامة في البدن يخالف لونها لون البشرة .

(٣) سلف نحوه قبل في فرع : إدعاء المسلم وغيره نسب لقيط .

(٤) في (م) : (دعوته) .

فِرَاشَيْنِ لِرَجُلَيْنِ . . لَمْ تَقْبَلْ دَعْوَتُهُمَا . وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا فِرَاشاً دُونَ الْآخَرَى . . قُدِّمَتْ دَعْوَةُ مَنْ لَيْسَتْ بِفِرَاشٍ .

وإِنْ كَانَتَا لَيْسَتَا بِفِرَاشٍ ، أَوْ قُلْنَا : تَقْبَلُ دَعْوَةَ الْمَرْأَةِ بِكُلِّ حَالٍ . . فَهَلْ تُعَرِّضَانِ عَلَى الْقَافَةِ مَعَ الْوَلَدِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، حَكَاهُمَا الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ :

أَحَدُهُمَا : لَا يُعَرِّضَانِ ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ يُمْكِنُ مَعْرِفَتُهَا يَقِيناً مِنْ طَرِيقِ الْمَشَاهِدَةِ^(١) ، فَلَمْ يُرْجَعْ فِيهِ إِلَى الْقَافَةِ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُمَا تُعَرِّضَانِ مَعَ الْوَلَدِ عَلَى الْقَافَةِ ، وَلَمْ يَذْكُرِ ابْنُ الصَّبَّاحِ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُمَا أَحَدُ الْأَبْوَيْنِ ، فَعُرِضَتَا مَعَ الْوَلَدِ عَلَى الْقَافَةِ ، كَالرَّجُلَيْنِ .

وإِنْ أَقَامَتْ إِحْدَاهُمَا بَيِّنَةً بِالْوِلَادَةِ : رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلًا وَأَمْرَاتَيْنِ ، أَوْ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ . . حُكِمَ بِثَبُوتِ النِّسْبِ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ أَقْوَى مِنَ الدَّعْوَى . فَإِنْ كَانَتْ فِرَاشاً لَزَوْجٍ أَوْ سَيِّدٍ . . لِحَقِّ بِهِ الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ قَدْ شَهِدَتْ بِوِلَادَتِهَا لَهُ ، فَلِحَقِّ صَاحِبِ الْفِرَاشِ ، وَيُخَالَفُ إِذَا أَلْحَقْنَاهُ بِهَا بِإِقْرَارِهَا ؛ لِأَنَّا لَا نُلْحِقُهُ بِغَيْرِ الْمَقَرِّ .

وإِنْ أَقَامَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِالْوِلَادَةِ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُمَا تَسْقُطَانِ . . كَانَ كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً ، وَقَدْ مَضَى . وَإِنْ قُلْنَا : تُسْتَعْمَلَانِ . . فَلَا يَجِيءُ الْوَقْفُ وَلَا الْقِسْمَةُ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَابْنُ الصَّبَّاحِ : وَلَا تَجِيءُ هَاهُنَا الْقَرْعَةُ ؛ لِأَنَّ مَعْنَا مَا هُوَ أَقْوَى مِنَ الْقَرْعَةِ وَهُوَ الْقَافَةُ ، فَنَعْرِضُهَا عَلَيْهَا ، فَإِنْ أَلْحَقْتُهُ بِإِحْدَاهُمَا . . قَوَّيْنَا بَيِّنَتَهَا بِذَلِكَ ، وَأَلْحَقْنَاهُ بِهَا وَبِزَوْجِهَا ، وَلَا يَنْتَفِي عَنْهُ إِلَّا بِاللَّعَانِ . وَإِنْ أَلْحَقْتُهُ الْقَافَةَ بِهَا ، أَوْ نَفْتَهُ

(١) فِي نَسْخَةٍ : (الشَّهَادَةُ) . فَائِدَةٌ فِي الْبَابِ :

رَوَى عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ الْبَخَارِيُّ (٦٧٦٩) فِي الْفَرَائِضِ ، وَمُسْلِمٌ (١٧٢٠) فِي الْأَقْضِيَةِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : « بَيْنَمَا امْرَأَتَانِ مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ مَعَهُمَا ابْنَاهُمَا ، عَدَا الذَّنْبُ فَأَخَذَ ابْنُ إِحْدَاهُمَا فَنَازَعْتَا فِي ابْنِ الْآخَرَى ، فَاخْتَصِمَتَا إِلَى دَاوُدَ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، فَحُكِمَ بِهِ لِلْكَبْرَى ، فَمَرَّتَا عَلَى سُلَيْمَانَ ، فَسَأَلَهُمَا ، فَذَكَرْنَا لَهُ ، فَقَالَ : ائْتُونِي بِالسَّكِينِ أَشَقَهُ بَيْنَكُمَا ، فَقَالَتِ الصَّغْرَى : لَا تَفْعَلْ يَرْحَمُكَ اللَّهُ ، وَهُوَ وَلَدُهَا ، فَحُكِمَ بِهِ لَهَا .
فِي الْحَدِيثِ : دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ دَعْوَى الْمَرْأَةِ الْوَلَدَ وَقَبُولِهَا .

عنهما ، أو أشكلَ عليها الأمرُ ، أو لم يكن قافئاً . . تركَ الولدُ حتَّى يبلغَ ويتنسَّبَ إلى إحداهما ، وتكون نفقتهُ عليهما .

فإذا انتسبَ إلى إحداهما . . رجَّحنا به بَيِّنَتها ، ولحقها ولحقَ زوجها ، وانتفى عنه باللَّعَانِ .

فإن ماتَ إحدى المرأتين ، أو ماتَ زوجها قبلَ بلوغِ اللَّقِيطِ . . عُزِلَ مِنْ ميراثِ الميتِ ميراثُ أبْنٍ . فإن بلغَ وانتسبَ إلى الميتة . . أخذَ ما عُزِلَ لَهُ مِنْ ميراثِها ، أو مِنْ ميراثِ زوجها .

وإن انتسبَ إلى الحيَّة . . رُدَّ المعزولُ على وَرثةِ الميتة .

فرعٌ : [أدعاء رجل وامرأة لقيطاً] :

ذكرَ الطبريُّ : إذا اجتمعَ رجلٌ وامرأةٌ ، وللرجلِ زوجةٌ غيرُ هذهِ المرأةِ ، وللمرأةِ زوجٌ غيرُ هذا الرجلِ . فادَّعى كلُّ واحدٍ منهما بنوَّةَ اللَّقِيطِ ، وأقامَ كلُّ واحدٍ منهما بَيِّنَةً . . قالَ أبو العباسِ ابنُ سريجٍ : ففيه أربعةُ أقوالٍ ^(١) :

أحدها : أنَّ بَيِّنَةَ الرجلِ أولى ؛ لأنَّا لو ألحقناه بالمرأة . . لالتحقَ بزوجةِها مِنْ غيرِ أَنْ يدَّعيه .

والثاني : أنَّ بَيِّنَةَ المرأةِ أولى ؛ لأنَّ خروجَ الولدِ منها يُعرفُ بالمشاهدةِ والقطعِ ، وخروجَ الولدِ مِنَ الزوجِ لَا يُعلمُ إِلَّا بغلبةِ الظنِّ .

والثالثُ : أنَّهما يتعارضان ؛ لأنَّه ليسَ إحداهما بأولى مِنَ الأخرى .

والرابعُ : أنَّه يُعرضُ معهما على القافةِ .

مسألةٌ : [أشتركا بوطء وجاء ولد] :

إذا أشتركَ رجلانِ في وطءِ امرأةٍ ، وأتتْ بولدٍ يمكنُ أَنْ يكونَ مِنْ كلِّ واحدٍ منهما ، وادَّعى أحدهما أنَّه أبْنُهُ وصادقَهُ الآخَرُ . . ففيه قولانِ حكاهما الطبريُّ :

(١) في (م) : (أوجه) .

أحدهما : أَنَّهُ يُحْكَمُ بِأَنَّهُ أَبْنٌ لِلْمَدْعَى ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي يَدَيْهِمَا عَيْنٌ فَأَدَّعَى أَحَدُهُمَا مِلْكَهَا ، وَصَادَقَهُ الْآخَرُ .

والثاني : أَنَّهُ لَا يَنْتَفِي عَنِ الْآخَرِ بِالمَصَادَقَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وُجِدَ مِنْهُ الْوَطْءُ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَبْنُهُ . فَلَا يَنْتَفِي عَنْهُ بِالْإِنْكَارِ ، كَمَا لَوْ وَطِئَ امْرَأَةً وَأَنْفَرَدَ بِوَطْئِهَا ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، وَتَصَادَقَ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ أَنَّهُ لَيْسَ بِأَبْنِهِ . فَعَلِيَ هَذَا : يُعْرَضُ مَعَهُمَا عَلَى الْقَافَةِ .

مَسْأَلَةٌ : [أَعْتَبَارُ قَوْلِ قَائِفٍ] :

وَهَلْ يَصْخُ أَنْ يُحْكَمَ بِقَوْلِ قَائِفٍ وَاحِدٍ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ^(١) :

أحدهما : يَصْخُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا سَرَّ ^(٢) بِقَوْلِ مُجَزِّزِ الْمَدْلُجِيِّ وَحْدَهُ . وَلِأَنَّهُ مَجْتَهِدٌ . فَقُبِلَ فِيهِ قَوْلُ الْوَاحِدِ ، كَالْقَاضِي .

والثاني : لَا يَصْخُ إِلَّا بِقَوْلِ اثْنَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ حُكِمَ بِالشَّبهِ ^(٣) فِي الْخِلْقَةِ . فَلَمْ يَقْبَلْ إِلَّا مِنْ اثْنَيْنِ ، كَالْحُكْمِ فِي الْمِثْلِ فِي جِزَاءِ الصَّيْدِ .

وَهَلْ يَصْخُ أَنْ يَكُونَ الْقَائِفُ امْرَأَةً ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ^(٤) حَكَاهُمَا الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ :

أحدهما : لَا يَصْخُ ؛ لِأَنَّ الْقَائِفَ يَجْرِي مَجْرَى الْحَاكِمِ ، وَالْمَرْأَةُ لَا يَصْخُ أَنْ تَكُونَ حَاكِمًا .

والثاني : يَصْخُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْقَائِفِ يَجْرِي مَجْرَى الشَّهَادَةِ ، وَقَوْلُ الْمَرْأَةِ يُقْبَلُ فِي النَّسَبِ وَهُوَ الشَّهَادَةُ .

قَالَ أَبْنُ الصَّبَّاحِ : وَهَذَا ضَعِيفٌ ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهَا لَا تُقْبَلُ فِي النَّسَبِ ، وَإِنَّمَا تُقْبَلُ فِي الْوِلَادَةِ .

(١) فِي (م) : (وَجْهَانِ) .

(٢) فِي (م) : (عَمَلِ) .

(٣) فِي (م) : (يَدِيهِ) ، وَلَعَلَّهَا تَصَحَّفَتْ عَنْ : بِدَنِيهِ ، أَوْ بِدِيَةِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٤) فِي (م) : (وَجْهَانِ) وَكَذَا فِي الْمَوَاضِعِ الْآتِيَةِ أَيْضًا .

قَالَ الْمَسْعُودِيُّ [في «الإبانة» ق/٣٦٨] : وهل يصحُّ أَنْ يَكُونَ الْقَائِفُ عَبْدًا ؟ فِيهِ قَوْلَانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْقِيَاةَ حَكْمٌ أَوْ شَهَادَةٌ ، فَإِنْ قُلْنَا : حَكْمٌ . . لَمْ يَصَحِّ . وَإِنْ قُلْنَا : شَهَادَةٌ . . صَحَّ . قُلْتُ : هَذَا ضَعِيفٌ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَصَحُّ أَنْ يَكُونَ شَاهِدًا بِحَالٍ .

وهل يصحُّ أَنْ يَكُونَ الْقَائِفُ مِنْ غَيْرِ بَنِي مُدَلِّجٍ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ^(١) :

أَحَدُهُمَا : لَا يَصَحُّ ؛ لـ : (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا سُرَّ بِقَوْلِ مُجَزَّرِ الْمُدَلِّجِيِّ) . وَلِأَنَّ الْقِيَاةَ فِي طَبَاعِ بَنِي مُدَلِّجٍ مِنْ كِنَانَةٍ ، فَلَمْ يَصَحِّ مِنْ غَيْرِهِمْ .

وَالثَّانِي : يَصَحُّ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ عِلْمٌ يُتَعَلَّمُ وَيُتَعَاطَى فَلَمْ تَخْتَصَّ بِهِ قَبِيلَةٌ بَعِينُهَا ، كَالْعِلْمِ بِالْأَحْكَامِ .

وَأَمَّا الْخَبَرُ : فَلَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِبَنِي مُدَلِّجٍ ، وَلَوْ كَانَ كَذَلِكَ ، لَخْتَصَّتِ الْقِيَاةُ بِمُجَزَّرِ الْمُدَلِّجِيِّ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا سُرَّ بِقَوْلِهِ ^(٢) .

فَرَعٌ : [عَدَالَةُ الْقَائِفِ] :

وَلَا يُحَكَّمُ بِقَوْلِ الْقَائِفِ حَتَّى يَكُونَ عَدْلًا ؛ لِأَنَّ الْحَكْمَ وَالشَّهَادَةَ لَا تَصَحُّ إِلَّا مِنْ عَدْلٍ . وَلَا يَصَحُّ الْحَكْمُ بِقَوْلِهِ حَتَّى يَكُونَ حَازِقًا فِي الْقِيَاةِ ، مُجَرَّبًا ، كَمَا لَا يَقْبَلُ الْحَكْمُ إِلَّا مِمَّنْ عُرِفَ حِذْقُهُ فِي الْحَكْمِ .

قَالَ الْبَغْدَادِيُّ مِنْ أَصْحَابِنَا : وَمَعْرِفَةُ حِذْقِهِ فِي ذَلِكَ : بِأَنْ يُرَى صَبِيًّا ثَابِتَ النَّسَبِ مِنْ رَجُلٍ بَعِينِهِ ، لَا يَعْرِفُ الْقَائِفُ أَبَاهُ ، مَعَ جَمَاعَةٍ لَيْسَ فِيهِمْ أَبَوْهُ ، فَيَقَالُ : أَيْتُهُمْ أَبَوْهُ مِنْهُمْ ؟ فَإِنْ قَالَ : لَيْسَ فِيهِمْ أَبَوْهُ . . أُرِيَ الصَّبِيَّ مَعَ جَمَاعَةٍ رَجَالٍ فِيهِمْ أَبَوْهُ ، فَيَقَالُ : أَيْتُهُمْ أَبَوْهُ مِنْهُمْ ؟ فَإِذَا أَخْبَرْنَا بِأَبِيهِ مِنْهُمْ . . عُلِمَ صِدْقُهُ ^(٣) .

وَقَالَ الْمَسْعُودِيُّ [في «الإبانة» ق/٣٦٨] : مَعْرِفَةُ حِذْقِهِ : بِأَنْ يُؤْتَى بِالْوَلَدِ وَنِسْوَةٍ

(١) فِي (م) : (وَجْهَانِ) .

(٢) جَاءَ فِي « السَّنَنِ الْكَبْرَى » (٢٦٣ / ١٠) فِي الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ : أَنَّ الْقِيَاةَ كَانَتْ فِي بَنِي أَسَدٍ وَخَزَاعَةَ وَبَنِي الْمَصْطَلِقِ ، فَلَا تَخْتَصُّ بِهِمْ إِذْنٌ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٣) صِدْقُهُ : أَيُّ خَبَرَتِهِ وَمَعْرِفَتِهِ .

فيهِنَّ أُمَّهُ ، فيقالُ : أَيْتَهُنَّ أُمَّهُ مِنْهُنَّ ؟ فَإِنْ أَصَابَهَا . . عَلِمَ صِدْقُهُ ؛ لِأَنَّ كَوْنَ الْوَلَدِ مِنْهَا معلومٌ قطعاً ، بخلافِ الأبِ .

قالَ المحامليُّ : وَأَصْحَابُنَا أَطْلَقُوا ذَلِكَ ، وَلَمْ يَذْكُرُوا تَكَرُّرَ ذَلِكَ مِنْهُ .

وَالْأَشْبَهُ بِالْمَذْهَبِ : أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَتَكَرَّرَ ذَلِكَ مِنْهُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَّفِقُ مِنْهُ ذَلِكَ مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ . فَإِذَا تَكَرَّرَ مِنْهُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ . . عَلِمَ أَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الصَّنْعَةِ^(١) بِذَلِكَ .

فرعٌ : [كيف يُلحقُ القائف ؟] :

وَالْأَشْبَاهُ الَّتِي يُلْحَقُ بِهَا الْقَائِفُ نَوْعَانِ^(٢) : ظَاهِرَةٌ وَخَفِيَّةٌ :

فـ (الظاهرةُ) : كَالسَّوَادِ وَالْبَيَاضِ وَمَا أَشْبَهُهُمَا مِمَّا يَشْتَرِكُ فِي مَعْرِفَتِهَا الْخَاصُّ وَالْعَامُّ .

وـ (الخفِيَّةُ) : هِيَ الشَّبَهُ بِالْأَطْرَافِ ، كَالْأَيْدِي وَالْأَرْجُلِ . فَهَذَا يَخْتَصُّ بِمَعْرِفَتِهِ الْقَافَةُ .

فَإِنْ تَنَازَعَ رَجُلَانِ فِي نَسَبِ صَبِيٍّ ، وَكَانَ يَشْبَهُ أَحَدَهُمَا بِالْأَشْبَاهِ الظَّاهِرَةِ ، وَيُشْبَهُ الْآخَرَ بِالْأَشْبَاهِ الْخَفِيَّةِ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يُلْحَقُ بِمَنْ يُشْبَهُهُ بِالْأَشْبَاهِ الظَّاهِرَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَشْبَاهَ الظَّاهِرَةَ كَالنَّصِّ ، وَالْأَشْبَاهَ الْخَفِيَّةَ كَالْقِيَاسِ ، وَالنَّصُّ مُقَدَّمٌ عَلَى الْقِيَاسِ .

وَالثَّانِي : يُلْحَقُ بِمَنْ يُشْبَهُهُ بِالْأَشْبَاهِ الْخَفِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْأَشْبَاهَ الظَّاهِرَةَ كَالْعُمُومِ وَالْخَفِيَّةَ كَالْخَاصِّ وَالْخَاصُّ مُقَدَّمٌ عَلَى الْعُمُومِ . وَلِأَنَّ الظَّاهِرَةَ مَعْرِفَةُ الْعَامَّةِ ، وَالْخَفِيَّةَ مَعْرِفَةُ الْخَاصَّةِ ، وَالْخَاصَّةُ مُقَدَّمَةٌ عَلَى الْعَامَّةِ .

(١) الصنعة : أي إتقان الحرفة باستنباط الشبه وإلحاق النسب .

(٢) في (م) : (ضربان) وهما بمعنى .

فرع : [اختلف قول القافة] :

فإنَّ الْحَقَّةُ الْقَافَةُ بِأَحَدِهِمَا ، ثُمَّ جَاءَ الْآخَرُ بِقَافَةٍ أُخْرَى وَالْحَقَّةُ بِالثَّانِي . . لَمْ يُلْحَقْ
بِالثَّانِي ؛ لِأَنَّ الْقَائِفَ كَالْحَاكِمِ ، وَلَوْ حَكَمَ حَاكِمٌ بَعِينَ لِرَجُلٍ . . لَمْ يُحْكَمْ بِهَا لِآخَرَ
بِحُكْمِ حَاكِمٍ آخَرَ .

وهكذا : لو قَالَ الْقَائِفُ - بَعْدَ أَنْ أَلْحَقَهُ بِأَحَدِهِمَا - : أَخْطَأْتُ ، وَإِنَّمَا هُوَ ابْنُ الْآخَرِ . .
لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، كَمَا لَوْ حَكَمَ الْحَاكِمُ بَعِينَ لِرَجُلٍ ، ثُمَّ تَغَيَّرَ أَجْتِهَادُهُ . . فَإِنَّهُ لَا يَنْقُضُ .

فرع : [عرض الميت على القافة] :

وإنَّ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ أَنْ يُعْرَضَ عَلَى الْقَافَةِ . . فَهَلْ يُعْرَضُ قَبْلَ الدَّفْنِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :
أَحَدُهُمَا : لَا يُعْرَضُ ؛ لِأَنَّ التَّمْيِيزَ قَدْ يَقَعُ بِالشَّيْءِ الْغَامِضَةِ ، وَذَلِكَ يَنْقَطِعُ
بِالمَوْتِ ، وَإِنَّمَا تَبْقَى الْأَشْيَاءُ الظَّاهِرَةُ .

والثَّانِي - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي إِسْحَاقَ ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ - : أَنَّهُ يُعْرَضُ ؛ لِأَنَّ الْإِحَاقَةَ
بِالشَّيْءِ ، وَذَلِكَ مُمَكِّنٌ بَعْدَ الْمَوْتِ .

فإنَّ قُلْنَا : لَا يَجُوزُ أَنْ يُعْرَضَ الْمَيِّتُ ، أَوْ كَانَ قَدْ دُفِنَ وَتَغَيَّرَ ، وَلَهُ وَلَدٌ . . فَإِنَّهُ
يُعْرَضُ عَلَى الْقَافَةِ ، وَيَقُومُ مَقَامُهُ فِي الْإِنْتِسَابِ .

قَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق/ ٣٦٦] : وَإِنْ أَلْقَتْ سِقْطًا ، فَإِنْ كَانَ قَدْ تَخَطَّطَ . .
فَإِنَّهُ يُرَى الْقَافَةَ ، وَإِنْ لَمْ يَتَخَطَّطْ . . لَمْ يُرَ الْقَافَةَ .

وإنَّ مَاتَ الْأَبَوَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا ، وَقُلْنَا : لَا يَجُوزُ عَرْضُ الْمَيِّتِ ، أَوْ كَانَا قَدْ دُفِنَا . .
قَالَ أَبُو اللَّبَّانِ : فَإِنَّ عَصَبَةَ الْمَيِّتِ وَقَرَابَتَهُ تُعْرَضُ عَلَى الْقَافَةِ ، مِثْلُ أَبِي الْمَيِّتِ وَإِخْوَتِهِ
وَأَخَوَاتِهِ وَأَعْمَامِهِ وَعَمَّاتِهِ وَسَائِرِ أَوْلَادِ آبَاءِ الْمَيِّتِ الذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « لَعَلَّ
عِزًّا نَزَعَهُ » ^(١) .

(١) أخرجه عن أبي هريرة البخاري (٥٣٠٥) في الطلاق وطرفاه (٦٨٤٧) في الحدود (٧٣١٤) =

فرع : [ادعاء غائب نسب مجهول] :

إذا قَدِمَ رجلٌ مِنْ أَرْضِ الأعاجِمِ كالترك والهند ، فأدعى نسبَ رجلٍ مجهولِ النسبِ ، وصادقَهُ المجهولُ - إن كَانَ بالغاً عاقلاً - ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَثْبُتْ عَلَى المجهولِ وَلَا لغيرِهِ . قُبِلَتْ دَعَوَاهُ^(١) ، وَثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى أَحَدٍ فِي ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ قَدْ ثَبَتَ عَلَيْهِ وَلَا ، بَأَن كَانَ قَدْ سَبَاهُ رجلٌ وَأَعْتَقَهُ ، أَوْ كَانَ قَدْ اشْتَرَى رجلٌ عبداً مجهولَ النسبِ فَأَعْتَقَهُ ، وَأَقْرَبَ آخَرُ بَنَسَبِهِ . نظرت في المقرّ :

فإن ادعى أَنَّهُ أَخُوهُ أَوْ عَمُّهُ أَوْ ابْنُ عَمِّهِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ . . لَمْ تُقْبَلْ دَعَوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِذَلِكَ وَلَا مَعَقَةٍ مِنْهُ وَإِرْثُهُ .

وإن ادعى أَنَّهُ أَبْنَاهُ . . ففيهِ قولان :

أحدهما : لا تقبل دَعْوَةَ المقرّ ؛ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِذَلِكَ وَلَا مَوْلَاهُ .

والثاني : تقبل دَعْوَتَهُ ، وَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَيَقْدَمُ عَلَى المولى .

والفصلُ بينَ الرِّلدِ وغيرِهِ مِنَ القِراباتِ : أَنَّهُ غَيْرُ مضطرٍّ إِلَى الإِقْرَارِ بِالْأَخِ وَالْعَمِّ وغيرِهِمَا مِنَ القِراباتِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَقْرَبْ بِهِ . . أَقْرَبَ بِهِ غَيْرُهُ . أَمَّا أَبُوهُ أَوْ أَخُوهُ : فَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ فِيهِ ، وَهُوَ مضطرٌّ إِلَى الإِقْرَارِ بِالْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ .

= في الاعتصام ، ومسلم (١٥٠٠) في اللعان ، وأبو داود (٢٢٦٠) وإلى (٢٢٦٢) في الطلاق ، والترمذي (٢١٢٩) في الولاء والهة ، والنسائي في « المجتبى » (٣٤٧٩) و (٣٤٨٠) و « لكبرى » (٥٦٧٢) وإلى (٥٦٧٤) في الطلاق ، وابن ماجه (٢٠٠٢) في النكاح ، وفي الباب :

عن ابن عمر أخرجه ابن ماجه (٢٠٠٣) وفي إسنادهِ عبادة بن كليب قد ضعف . ومن ألفاظه : « هل فيها من أورك » و : « هذا عسى أن يكون نزعهُ عرق » و : « هل لك من إيل ؟ » و : « فهذا لعل يرقأ نزعهُ » .

(١) في (م) : (دَعِيَّتُهُ) .

مَسْأَلَةٌ : [ادعاء رجل أن الملتقط عبده] :

إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّ اللَّقِيطَ عَبْدُهُ . . سُمِعَتْ دَعْوَاهُ سِوَاءَ ادِّعَائِهِ الْمَلْتَقِطُ أَوْ غَيْرُهُ ؛ لِأَنَّ مَا يَدَّعِيهِ مُمْكِنٌ وَذَلِكَ أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ وَلَدُ أُمِّهِ مِنْ زَوْاجٍ أَوْ زِنَا ، فَإِنْ قِيلَ : إِنَّ الْمَلْتَقِطَ قَدْ اعْتَرَفَ بِأَنَّهُ التَّقْطَةُ ، فَكَيْفَ سُمِعَتْ دَعْوَاهُ أَنَّهُ عَبْدُهُ ؟ قِيلَ بِالْجَوَابِ : إِنَّ اعْتِرَافَهُ أَنَّهُ التَّقْطَةُ لَا يَمْنَعُ مِنْ قَبُولِ دَعْوَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهُ عَبْدُهُ ؛ لِأَنَّ أُمَّتَهُ قَدْ تَلَدَهُ مِنْ زَوْاجٍ أَوْ زِنَا ، فَتَزْمِي بِهِ ، وَلَا يَعْلَمُ بِهِ ، فَيَلْتَقِطُهُ ، ثُمَّ يَعْلَمُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهُ ابْنُ أُمِّهِ .
إِذَا ثَبَتَ أَنَّ دَعْوَاهُ تُسْمَعُ . . فَإِنَّهُ لَا يُحْكَمُ لَهُ بِرِقَّةٍ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَقِيمَ الْبَيِّنَةَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهَرَ حُرِّيَّتُهُ .

فَإِذَا أَقَامَ الْمَدَّعِي الْبَيِّنَةَ : فَلَا يَخْلُو : إِمَّا أَنْ يَقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوِلَادَةِ ، أَوْ عَلَى الْمِلْكِ ، أَوْ عَلَى الْيَدِ .

فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوِلَادَةِ . . قُبِلَ فِيهِ شَاهِدَانِ ، أَوْ شَاهِدٌ وَأَمْرَأَتَانِ ، أَوْ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ ، فَإِنْ قَالَتِ الْبَيِّنَةُ : نَشْهَدُ أَنَّ أُمَّةً هَذَا وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ . . حَكَمَ لَهُ بِرِقَّةٍ ؛ لِأَنَّ مَا تَلَدَهُ أُمَّتُهُ فِي مِلْكِهِ . . يَكُونُ مَمْلُوكًا لَهُ وَلَا يَلْحَقُهُ نَسَبُهُ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِفِرَاشٍ لَهُ ، وَإِنْ قَالَتِ الْبَيِّنَةُ : نَشْهَدُ أَنَّ هَذَا وَلَدُ أُمِّهِ . . فَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي (الَلْقِيطِ) : (يَحْكَمُ لَهُ بِمِلْكِهِ فِي هَذِهِ الشَّهَادَةِ) وَقَالَ فِي (الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ) : (إِذَا شَهِدُوا بِأَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ . . حَكَمْتُ لَهُ بِرِقَّةٍ) .

وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ :

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَحْكَمُ لَهُ بِرِقَّةٍ قَوْلًا وَاحِدًا وَإِنْ لَمْ يَقُولُوا وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّهُمْ قَدْ شَهِدُوا أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ . وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ ، وَمَا ذَكَرَهُ فِي (الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ) إِنَّمَا ذَكَرَهُ تَأْكِيدًا لَا شَرْطًا .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَحْكَمُ لَهُ بِرِقَّةٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

وَالثَّانِي : لَا يُحْكَمُ لَهُ بِرِقَّةٍ ؛ لِأَنَّهَا قَدْ تَلَدَهُ قَبْلَ أَنْ يَمْلِكَهَا ، فَيَكُونُ ابْنُ أُمِّهِ وَلَا يَكُونُ مَمْلُوكًا لَهُ .

وَأَمَّا إِذَا شَهِدَ لَهُ بِالْمَلِكِ شَاهِدَانِ ، فَإِنْ قَالَا : نَشْهَدُ أَنَّ هَذَا مِلْكُهُ أَوْ عَبْدُهُ اشْتَرَاهُ أَوْ أَتَّهَبُهُ مِنْ مَالِكِهِ أَوْ رِثَتِهِ . . حُكِمَ لَهُ بِالْمَلِكِ . وَإِنْ قَالَا : مِلْكُهُ أَوْ عَبْدُهُ ، وَلَمْ يَذْكُرَا سَبَبَ الْمَلِكِ . . ففِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَحْكُمُ لَهُ بِمَلِكِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا قَدْ شَهِدَا لَهُ بِالْمَلِكِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ عَيْنًا فِي يَدِهِ ، فَشَهِدَتْ لَهُ الْبَيِّنَةُ بِمَلِكِهَا .

وَالثَّانِي : لَا يَحْكُمُ لَهُ بِمَلِكِهِ ؛ لِأَنَّهُمْ قَدْ يَرَوْنَهُ بِيَدِهِ فَيَشْهَدُونَ لَهُ بِمَلِكِهِ ، لثُبُوتِ يَدِهِ عَلَيْهِ . وَلَا فَرْقَ فِي هَذَيْنِ الْقَسْمَيْنِ بَيْنَ الْمَلْتَقِطِ وَغَيْرِهِ .

وَأَمَّا إِذَا شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ لِلْمَدَّعِي بِالْيَدِ . . نَظَرْتُ : فَإِنْ شَهِدَتْ بِذَلِكَ لِلْمَلْتَقِطِ . . لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِمَلِكِهِ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ يَدَهُ يَدُ اتِّقَاطٍ لَا يَدُ مِلِكٍ .

وَإِنْ ادَّعَى مِلْكًا غَيْرُ الْمَلْتَقِطِ ، فَشَهِدَتْ لَهُ الْبَيِّنَةُ بِالْيَدِ . . فَحُكِيَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ فِيهِ قَوْلَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَحْكُمُ لَهُ بِالْمَلِكِ ؛ لِأَنَّ ثُبُوتَ الْيَدِ عَلَى اللَّقِيطِ لَا تَدُلُّ عَلَى الْمَلِكِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهَرَ الْحَرِيَّةَ .

وَالثَّانِي - وَلَمْ يَذْكُرِ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَالْمَحَامِلِيُّ وَابْنُ الصَّبَّاحِ غَيْرُهُ - : أَنَّهُ يَحْكُمُ لَهُ بِالْيَدِ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ شَهِدَتْ لَهُ بِذَلِكَ ، وَيَحْلِفُ أَنَّهُ مِلْكُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهَرَ مَمَّنْ بِيَدِهِ شَيْءٌ أَنَّهُ مِلْكُهُ ، فَإِذَا ادَّعَاهُ . . حَلَفَ عَلَيْهِ .

مَسْأَلَةٌ : [الصبي يتبع في الإسلام أحد أبويه] :

قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الصَّبِيَّ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ تَبْعًا لِإِسْلَامِ أَبِيهِ أَوْ لِأَحَدِهِمَا ، أَوْ لِلْسَّابِي أَوْ لِلذَّارِ .

فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ حُكْمَ هَذَا الصَّبِيِّ - الَّذِي حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ تَبْعًا لِأَحَدِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ قَبْلَ الْبُلُوغِ - حُكْمُ سَائِرِ الْمُسْلِمِينَ . وَإِنْ مَاتَ لَهُ مَنَاسِبٌ مُسْلِمٌ . . وَرَثَتُهُ . . وَإِنْ مَاتَ . . غُسِّلَ ، وَصُلِّيَ عَلَيْهِ ، وَدُفِنَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ ، وَوَرَثَتُهُ مَنَاسِبُهُ الْمُسْلِمُ ؛ لِأَنَّ الَّذِي أَوْجَبَ إِسْلَامَهُ مُوجِبُودٌ قَطْعًا ، فَهُوَ كَالْمُسْلِمِ بِنَفْسِهِ . فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ الْإِسْلَامَ . . اسْتَقَرَّ

إسلامه ، وتيقناً أنه لم يزل مسلماً . وإن بلغ ووصف الكفر . . نظرت :
فإن كان حكم إسلامه تبعاً لأبويه أو لأحدهما أو للسابي . . ففيه طريقان^(١) ،
حكماهما الشيخ أبو إسحاق :

أحدهما - وهو المنصوص - : (أنه مرتد) فلا يُقرُّ على الكفر قولاً واحداً ؛ لأنه
محكومٌ بإسلامه قطعاً ، فهو كما لو أسلم بنفسه بعد البلوغ ، ثم ارتد .
والثاني - ولم يذكر الشيخ أبو حامد والمحاملي وابن الصبَّاح غيره - : أنها على
قولين :

أحدهما : أنه مرتد ، ولا يُقرُّ على الكفر ، وهو الأصح ؛ لما ذكرناه .
والثاني : أنه ليس بمرتد ، فيقرُّ على كفره ؛ لأننا حكمنا بإسلامه تبعاً لغيره في
صغره ؛ لأنه لا يمكن اعتباره بنفسه . فإذا بلغ أمكن اعتباره بنفسه ، وزال حكم التبعية .
وأما إذا كان حكم إسلامه بالدار ، فبلغ ووصف الكفر : فإن قلنا : إن من حكم
بإسلامه تبعاً لأبويه أو للسابي ، يُقرُّ على الكفر إذا بلغ ووصف الكفر . . فهذا أولى أن
يقرَّ .

وإن قلنا : هناك لا يُقرُّ . . ففي هذا قولان^(٢) :

أحدهما : لا يُقرُّ على الكفر ؛ لأنه محكومٌ بإسلامه تبعاً لغيره ، فلم يُقرَّ عليه ،
كمَن حكم بإسلامه تبعاً لأبويه أو للسابي .

والثاني - وهو المنصوص - : (أنه يُقرُّ ويُتهدَّد على الكفر ، فإن أقام عليه . . أُقرَّ
عليه) ؛ لأنه أضعف حالاً ممَّن حكم بإسلامه تبعاً لأبويه أو للسابي ، بدليل : أنه لو
ادَّعى نسبه كافراً وأقام البيِّنة على ذلك . . حكم بكفره .

إذا ثبت هذا : فكلُّ موضع قلنا : لا يُقرُّ على كفره . . فهو مرتد ، فإن تاب ، وإلا
قُتل . وكلُّ موضع قلنا : يُقرُّ على كفره . . نظرت :

(١) في نسخة : (قولان) .

(٢) في (م) : (وجهان) .

فَإِنْ وَصَفَ كُفْرًا يُقَرُّ أَهْلُهُ عَلَيْهِ ، كَالْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ ، وَالْمَجُوسِيَّةِ .. أَقَرَّ عَلَيْهِ .
فَإِنْ أَلْتَزَمَ الْجَزِيَّةَ .. عَقِدْتُ لَهُ الذِّمَّةَ ، وَأَقَرَّ فِي بِلَادِ الْإِسْلَامِ حَيْثُ يَجُوزُ إِقْرَارُ أَهْلِ الذِّمَّةِ
فِيهِ . وَإِنْ لَمْ يَبْذُلِ الْجَزِيَّةَ .. لَمْ يُقَرَّ فِي بِلَادِ الْإِسْلَامِ ، وَلَكِنْ يُقَالُ لَهُ : الْحَقُّ بِأَهْلِ
الْحَرْبِ .

وَإِنْ وَصَفَ كُفْرًا لَا يُقَرُّ أَهْلُهُ عَلَيْهِ ، كَعِبَادَةِ الْأَوْثَانِ .. قُلْنَا لَهُ : لَا تُتْرَكُ عَلَى هَذَا ،
فَإِمَّا أَنْ تُسَلِّمَ ، أَوْ تَلْحَقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَأَنْتَ فِي أَمَانٍ إِلَى أَنْ تَلْحَقَ بِدَارِ الْحَرْبِ ، أَوْ
تَصِفَ كُفْرًا يُقَرُّ أَهْلُهُ عَلَيْهِ .

وَكُلُّ مَوْضِعٍ أَقْرَبُهُ عَلَى الْكُفْرِ ، فَإِنْ كَانَ الْإِمَامُ قَدْ أَنْفَقَ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ..
فَفِيهِ قَوْلَانِ ^(١) :

أَحَدُهُمَا : يُسْتَرَدُّ مِنْهُ بَدْلُهُ ، كَمَا لَوْ أَنْفَقَ عَلَيْهِ عَلَى سَبِيلِ الْقَرْضِ .

وَالثَّانِي : لَا يُسْتَرَدُّ مِنْهُ بَدْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ صَدَقَةٌ عَلَيْهِ ، وَمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى كَافِرٍ .. لَمْ يَرْجَعْ
عَلَيْهِ بِهَا .

وَإِنْ بَلَغَ هَذَا الْصَبِيُّ فَقَتَلَهُ قَاتِلٌ قَبْلَ أَنْ يَصِفَ الْكُفْرَ أَوْ الْإِسْلَامَ ، وَكَانَتِ الْجَنَاحَةُ
عَمْدًا ، فَإِنْ كَانَ حُرِّمَ بِإِسْلَامِهِ تَبَعًا لِأَبَوَيْهِ أَوْ لِلْسَّابِي .. فَهَلْ يَجِبُ الْقَوْدُ عَلَى قَاتِلِهِ ؟ فِيهِ
قَوْلَانِ ^(٢) :

أَحَدُهُمَا : يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ مَنْ هُوَ مُحْكَمٌ بِإِسْلَامِهِ قَطْعًا عَمْدًا ، فَوَجِبَ
عَلَيْهِ الْقَوْدُ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ .

وَالثَّانِي : لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَوْدُ ، وَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَيْهِ دِيَّةٌ مُسْلِمٍ ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ ؛
لِأَنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنَّهُ لَمْ يَصِفِ الْإِسْلَامَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْأَلْ عَنْهُ - وَهُوَ مُسْلِمٌ - فَيَجِبُ عَلَيْهِ الْقَوْدُ ،
وَيَحْتَمَلُ أَنَّهُ لَمْ يَصِفِ الْإِسْلَامَ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ رَاضٍ بِالْإِسْلَامِ ، بَلْ هُوَ مُعْتَقِدٌ لِلْكَفْرِ ، وَذَلِكَ
شَبْهَةٌ يَسْقُطُ بِهِ الْقَوْدُ عَنِ الْقَاتِلِ .

(١) فِي (م) : (وَجْهَان) .

(٢) فِي (م) : (وَجْهَان) .

وإن كانَ محكوماً بِإِسْلَامِهِ بظاهرِ الدارِ . . فهل يجبُ القَوْدُ على قاتله ؟ إن قلنا : إنَّه لا يجبُ القَوْدُ على مَنْ قتلَ مَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ تبعاً لأبويه أو للسَّابي . . فهذا أولى . وإن قلنا : يجبُ القَوْدُ على قاتلِ مَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ تبعاً لأبويه أو للسَّابي . . ففي هذا قولان^(١) :

أحدهما : يجبُ على قاتله القَوْدُ ، كما قلنا فيمن قتلَ مَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ تبعاً لأبويه .

والثاني : لا يجبُ على قاتله القَوْدُ ، وإنما تجبُ عليه ديةُ مسلمٍ ، وهو الصحيح ؛ لأنَّه أضعفُ حالاً ممَّن حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ تبعاً لأبويه أو للسَّابي ، بدليل : أنَّه لو ادَّعى كافراً أنَّه أبْنُه وأقامَ عليه البيِّنَة . . حُكِمَ بكفره .

مسألة : [جناية اللقيط] :

وإن جنى اللَّقِيطُ على غيره . . نظرت :

فإن كانت جنائيته خطأً . . وجبَ الأَرشُ في بيتِ المالِ ، سواءً كانت جنائيته قبل البلوغ أو بعده ، وسواءً كانَ موسِراً أو معسِراً ؛ لأنَّه حرٌّ مسلمٌ لا مناسِبَ له ، فكانت جنائيته الخطأً في بيتِ المالِ ، كغيرِ اللَّقِيطِ .

وأما إن جنى على غيره عمداً ، فإن كانَ بعدَ البلوغ . . وجبَ عليه القَوْدُ إن كانَ المجنِّي عليه ممَّن يجبُ له عليه القَوْدُ ، أو الدِّيَّةُ ، وإن كانَ المجنِّي عليه لا يُستحقُّ عليه القَوْدُ ، أو إن كانت جنائيته قبلَ البلوغ . . لم يجبَ عليه القَوْدُ ؛ لأنَّ الصبيَّ لا يجبُ عليه القَوْدُ .

وأما الأَرشُ : فإن قلنا : إنَّ عَمَدَ الصبيِّ خطأً . . وجبَ الأَرشُ في بيتِ المالِ . وإن قلنا : إنَّ عَمَدَهُ عمداً . . وجبَ الأَرشُ عليه ، فيؤخذُ منه إن كانَ موسِراً ، وإن كانَ معسِراً . . ثبتَ في ذمَّتِهِ إلى أن يُوسرَ .

(١) في (م) : (وجهان) .

وإن جُنِيَ عَلَى اللَّقِيطِ قَبْلَ الْبُلُوغِ . . نظرت :

فإن قَتَلَهُ قَاتِلٌ ، فإن كانتِ الجَنَايَةُ خَطَأً . . وَجِبَ دِيَّةُ اللَّقِيطِ عَلَى عَاقِلَةِ الْجَانِي ،
وَيَأْخُذُهَا الْإِمَامُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ إِرْثًا لِلْمُسْلِمِينَ ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ .

وإن قَتَلَهُ عَمْدًا . . كَانَ الْإِمَامُ بِالْخِيَارِ : بَيْنَ أَنْ يَقْتُلَ الْقَاتِلَ ، وَبَيْنَ أَنْ يَعْفُوَ عَنْهُ عَلَى
الدِّيَّةِ ، لِأَنَّ ذَلِكَ يَجِبُ لِلْمُسْلِمِينَ ، وَالْإِمَامُ نَائِبٌ عَنْهُمْ ، وَلَا يَفْعَلُ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا مَا رَأَى
فِيهِ الصَّلَاحَ .

وإن جُنِيَ عَلَيْهِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ . . نظرت :

فإن كانتِ الجَنَايَةُ خَطَأً . . وَجِبَ الْأَرْشُ لِلْقِطِ وَيَأْخُذُهُ الْمَلِيقُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ
لِلْقِطِ .

وإن كانتِ الجَنَايَةُ عَمْدًا تَوْجِبُ الْقِصَاصَ ، فإن كَانَ اللَّقِيطُ مُوسِرًا . . لَمْ يَكُنْ لَوْلِيهِ
أَنْ يَقْتَصَّ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ جُعِلَ لِلتَّشْفِي ، وَالتَّشْفِي يَحْصُلُ لَهُ إِذَا بَلَغَ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ
يَعْفُوَ عَلَى مَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ بِهِ إِلَيْهِ . وَيَحْبَسُ لَهُ الْجَانِي إِلَى أَنْ يَبْلُغَ ، وَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ
مَعْسِرًا : فإن كَانَ عَاقِلًا لَمْ يَكُنْ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَقْتَصَّ ؛ لِأَنَّ التَّشْفِيَّ إِنَّمَا يَحْصُلُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ
وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْفُوَ عَلَى مَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ بِهِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ تَجِبُ فِي بَيْتِ الْمَالِ .
وإن كَانَ مَعْسِرًا مَعْتَوَهَا . . قَالَ الشَّافِعِيُّ : (أَحَبُّتُ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَعْفُوَ عَلَى مَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا
يُرجى لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ ، فَكَانَ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ أَحْظَ) .

وَأَمَّا إِذَا جُنِيَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ . . نظرت :

فإن كانتِ عَلَى النَّفْسِ . . فَهُوَ كَمَا لَوْ جُنِيَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْبُلُوغِ . وَإِنْ كَانَتْ عَلَى مَا دُونَ
النَّفْسِ ، فإن كانتِ خَطَأً . . وَجِبَ لَهُ الْأَرْشُ ، وَإِنْ كَانَتْ عَمْدًا يَجِبُ فِيهَا الْقِصَاصُ . .
فَهُوَ بِالْخِيَارِ : بَيْنَ أَنْ يَقْتَصَّ ، وَبَيْنَ أَنْ يَعْفُوَ عَلَى مَالٍ كَغَيْرِهِ . هَذَا نَقْلُ الْبَغْدَادِيِّينَ .

وَقَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق/ ٣٦٧] : إِذَا قُتِلَ اللَّقِيطُ عَمْدًا . . فَفِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَقْتَصُّ الْإِمَامُ ؛ لِأَنَّهُ وَلِيُّهُ ، كَالْأَبِ وَلِيِّ الصَّبِيِّ .

وَالثَّانِي : لَا يَقْتَصُّ ؛ لِأَنَّ أَوْلِيَاءَ اللَّقِيطِ الْمُسْلِمُونَ ، وَهُمْ لَا يَتَعَيَّنُونَ .

وإن قُتِلَ اللَّقِيطُ خَطَأً . . فَفِيهِ قَوْلَانِ :

أحدهما : يجب فيه دية حرٍّ ؛ لأنه حرٌّ .

والثاني : يتوقَّفُ إلى أن يتيَّنَ أحرُّ هو أم مملوكٌ ؛ لأنه يجوز أن يكونَ عبدًا ، فلا يجب إلا باليقين .

مسألة : [قذف اللقيط] :

إذا قذفَ اللَّقِيطُ غيرهُ : فإنَّ كَانَ قَبْلَ البلوغِ . . لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ ؛ لِأَنَّ الصَّغِيرَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ وَلَكِنْ يُوَدَّبُ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْبُلُوغِ . . وَجِبَ عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ إِنْ كَانَ الْمَقْدُوفُ مُحْصَنًا^(١) ، أَوْ التَّعْزِيرُ^(٢) إِنْ كَانَ غَيْرَ مُحْصَنٍ .

وإنَّ قَذَفَ اللَّقِيطَ قَاذِفٌ ، فَإِنْ قَذَفَهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ . . لَمْ يَجِبْ عَلَى الْقَاذِفِ حَدُّ الْقَذْفِ ، وَإِنَّمَا يَعْزَرُ الْقَاذِفُ ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَا يَجِبُ الْحَدُّ بِقَذْفِهِ .

وإنَّ قَذَفَهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ ، فَإِنْ اتَّفَقَ اللَّقِيطُ وَالْقَاذِفُ أَنَّ اللَّقِيطَ عَبْدٌ . . لَمْ يَجِبْ عَلَى الْقَاذِفِ حَدُّ الْقَذْفِ ، وَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَيْهِ التَّعْزِيرُ . وَإِنْ اتَّفَقَا أَنَّهُ حُرٌّ . . وَجِبَ عَلَى الْقَاذِفِ حَدُّ الْقَذْفِ .

وإنَّ قَالَ الْقَاذِفُ : هُوَ عَبْدٌ ، وَقَالَ اللَّقِيطُ : بَلْ أَنَا حُرٌّ . . فِيهِ قَوْلَانِ :

أحدهما : الْقَوْلُ قَوْلُ اللَّقِيطِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهَرَ أَنَّهُ حُرٌّ .

والثاني : أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْقَاذِفِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ حُرٌّ ، فَيَجِبُ عَلَى الْقَاذِفِ الْحَدُّ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ عَبْدٌ ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ .

فَأَمَّا إِذَا جَنَى رَجُلٌ عَلَى اللَّقِيطِ عَمْدًا ، فَقَالَ الْجَانِي : أَنْتَ عَبْدٌ ، فَلَا يَجِبُ عَلَيَّ الْقِصَاصُ ، وَقَالَ اللَّقِيطُ : بَلْ أَنَا حُرٌّ . . فَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ :

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْقَذْفِ .

(١) المحصن : كل متزوج من رجل وأنثى ، وأحصن الشيء : منعه وصانه .

(٢) التعزير : تأديب ولوم وعقاب بما دون الحد الشرعي .

ومنهم من قال : القول قول اللقيط قولاً واحداً .

والفرق بينهما : أنَّ حدَّ القذف يراؤ للردع والزجر ، فإذا عدلنا عن الحدِّ إلى التعزير . . حصل به الردع ، والقصاص يراؤ للتشفي ، فإذا عدلنا منه إلى الدية . . لم يحصل بها التشفي . ولأنَّ التعزير بعض الحدِّ ، فإذا عدلنا عن الحدِّ إلى التعزير . . فقد عدلنا عن مشكوك فيه إلى يقين ، فجاز . وليس كذلك الجناية ، فإنَّ اللقيط يجوز أن يكون عبداً ، فلا يجب في الجناية عليه قصاص ، ويجوز أن يكون حرّاً ، فيجب على الجاني عليه القصاص . فالقصاص مشكوك فيه ، والقيمة مشكوك فيها ، فإذا جعلنا القول قول الجاني . . أنتقلنا من مشكوك فيه إلى مشكوك فيه ، فلم يجز .

مسألة : [قبول قول اللقيط بأنه رقيق] :

قال الشافعي : (فإذا بلغ اللقيط فباع وأُشترى ، ونكح وأُصدق ، ثم أقرَّ على نفسه بالرق . . قبل إقراره ، وفي إلزامه الرق قولان) .

وجملة ذلك : أنَّ اللقيط إذا بلغ ، ثمَّ باع وأُشترى ، وهب وأقبض ، ونكح ، فجاء آخر وأدعى أنَّه عبده ، فصدقه اللقيط ، ولم يُقم عليه بينة ، أو قال اللقيط : أنا عبد فلان ، وصدقه المقر له . . نظرت :

فإن كان اللقيط قد تقدَّم منه إقرار قبل هذا أنه حرٌّ . . لم يُقبل إقراره الثاني أنَّه عبد ؛ لأنه بإقراره الأوَّل أنَّه حرٌّ ، لزمته أحكام في العبادات لله تعالى فلا يُقبل إقراره بما يُسقطها ، ولهذا لو أنَّ حرّاً قال لرجل : جعلت نفسي عبدك . . لم يصز عبده بذلك .

وإن لم يتقدَّم منه إقرار بالحرية . . فقد قال الشافعي : (قبل إقراره ، وفي إلزامه الرق قولان) .

وأختلف أصحابنا في ترتيب المذهب فيها :

فقال أبو الطيب بن سلمة : هل يُقبل إقراره في الرق ؟ فيه قولان :

أحدهما : يُقبل إقراره ويحكم برقه ؛ لأنَّه مجهول الحال . . فقبل إقراره على نفسه بالرق ، كما لو قدَّم رجل من بلاد الكفر لا يعرف نسبه ، فأقرَّ على نفسه بالرق . ولأنَّ

إِقْرَارُهُ أَكْذُ مِنَ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَّهَمُ فِي إِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ ، وَالْبَيِّنَةُ مَتَّهَمَةٌ . ثُمَّ ثَبَتَ أَنَّ الْبَيِّنَةَ لَوْ قَامَتْ بِرَقِّهِ . . حُكِمَ بِرَقِّهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ .

والثاني : لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُحْكَمٌ بِحَرِيَّتِهِ بِظَاهِرِ الدَّارِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِالرَّقِّ وَقَدْ تَعَلَّقَ عَلَيْهِ حَقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِمَا يُسْقِطُهَا ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِالْحَرِيَّةِ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِالرَّقِّ . وَيَخَالَفُ الْمَجْهُولَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمُهُ حَقٌّ لغيره فَيُسْقِطُهَا بِالْإِقْرَارِ .

وَقَالَ عَامَّةُ أَصْحَابِنَا : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي الرَّقِّ قَوْلًا وَاحِدًا ، وَإِنَّمَا الْقَوْلَانِ فِي أَحْكَامِ الرَّقِّ :

أحدهما : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي الْجَمِيعِ ، فِيمَا لَهُ وَفِيمَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَحْكَامَ فَرَعَ لِلرَّقِّ ، فَإِذَا ثَبَتَ الْأَصْلُ . . ثَبَتَتْ فُرُوعُهُ ^(١) ، وَلِأَنَّ إِقْرَارَهُ أَكْذُ مِنَ الْبَيِّنَةِ . ثُمَّ لَوْ قَامَتْ الْبَيِّنَةُ . . لَثَبَتَ عَلَيْهِ جَمِيعُ أَحْكَامِ الرَّقِّ ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ .

والثاني : يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّهُ ، وَلَا يُقْبَلُ فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَخْتَارَهُ الْمُزْنِيُّ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ تَضَمَّنَ مَا يَضُرُّهُ وَيَضُرُّ غَيْرَهُ ، فَقُبِلَ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّهُ ، وَلَمْ يُقْبَلْ فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهُ ، كَمَنْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ وَعَلَى غَيْرِهِ . وَلِأَنَّ اللَّقِيطَ قَدْ يَكُونُ جَارِيَةً وَقَدْ أَنْكَحَهَا الْحَاكِمُ ، فَإِذَا قُلْنَا : يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهَا . . أَدَّى إِلَى أَنْ يَنْفَسَخَ النِّكَاحُ بِقَوْلِهَا ، وَالنِّكَاحُ لَا يَنْفَسَخُ بِقَوْلِ النِّسَاءِ . وَقَوْلُ الْأَوَّلِ : (إِنَّ الْأَصْلَ إِذَا ثَبَتَ . . ثَبَتَتْ فُرُوعُهُ) يَبْطُلُ بِالرَّجُلِ إِذَا مَاتَ وَخَلَّفَ أَخًا وَارِثًا ، فَأَقَرَّ الْأَخُ بِأَبْنٍ لِلْمَيِّتِ . . فَإِنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ ، وَلَا يَثْبُتُ الْمِيرَاثُ . وَهَذَا الطَّرِيقُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ : (قُبِلَ إِقْرَارُهُ ، وَفِي إلْزَامِهِ الرَّقِّ قَوْلَانِ) وَأَرَادَ : فِي إلْزَامِهِ أَحْكَامَ الرَّقِّ قَوْلَانِ . فَإِنْ قُلْنَا بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي الرَّقِّ . . كَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الرَّقِيقِ إِذَا تَصَرَّفَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِي التَّصَرُّفَاتِ الْمَاضِيَةِ وَالْمُسْتَقْبَلَةِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّقِّ . . لَمْ يُوَظَّرْ هَذَا الْإِقْرَارُ فِي التَّصَرُّفَاتِ الْمَاضِيَةِ وَلَا فِي الْمُسْتَقْبَلَةِ .

وَإِنْ قُلْنَا بِالطَّرِيقِ الثَّانِي ، وَعَلَيْهِ التَّفْرِيعُ .

(١) فِي (م) : (ثَبَتَ فُرُوعَهُ) .

فعلى هذا : حكمه في التصرفات بعد الإقرار حكم الرقيق فيما يضره ويضر غيره .
وأما تصرفاته بعد البلوغ وقبل الإقرار : فلا تخلو : إما أن يكون اللقيط ذكراً أو أنثى :

فإن كان أنثى وقد زوجها الحاكم بإذنها بحر ثم أقرت بالرق ، فإن قلنا : يُقبل إقرارها فيما يضرها ويضر غيرها . . . حكم بأن النكاح وقع باطلاً ؛ لأنه بغير إذن سيدها ، فإن لم يدخل بها الزوج . . . فلا شيء عليه . وإن كان قد دخل بها . . . وجب عليه مهر مثلها لسيدها وفُرّق بينهما وأعتدت بقرأين ؛ لأنها عدّة أمة ، هكذا ذكر الشيخ أبو إسحاق وابن الصبّاح .

وذكر الشيخ أبو حامد والمحاملي : أنها تستبرئ بقرء واحد ؛ لأنه استبراء ، والأمة تستبرئ بقرء . وإن أتت أمته بأولاد . . . فهم أحرار ؛ لأنه اعتقد أنها حرة ، وذلك شبهة ، ويجب عليه لسيدهم قيمتهم حين الوضع . فإن مات عنها . . . لم يجب عليها عدّة الوفاة .

وإن قلنا : يُقبل قولها فيما يضرها ، ولا يقبل فيما يضر غيرها . . . لم يُحكم بفساد النكاح ؛ لأن ذلك يضر بالزوج . فإن لم يدخل بها الزوج . . . لم يجب لها مهر ؛ لأن السيد يقر بفساد نكاحها . والنكاح الفاسد لا تستحق به المهر قبل الدخول . فإن طلقها الزوج قبل الدخول ، أو مات عنها . . . لم يطالبه السيد بشيء ؛ لأنه لا يدعيه .

وإن كان الزوج قد دخل بها . . . وجب عليه أقلّ الأمرين من مهر المثل أو المسمى^(١) ؛ لأن المسمى إن كان أقل . . . لم يلزمه ما زاد ؛ لأنه لا يقبل قولها فيما يضر غيرها . وإن كان مهر المثل أقل . . . لم يجب عليه ما زاد عليه ؛ لأنها لا تدعي أكثر منه .

وإن أتت منه بأولاد قبل الإقرار . . . فهم أحرار ؛ لأنه وطئها وهو يعتقد أنها حرة . ولا يجب عليه قيمتهم ؛ لأنه لا يقبل قولها فيما يضر غيرها ، ولكن يقال للزوج : قد

(١) المسمى : يعني المهر والصدّق المتفق عليه بين الزوجين .

ثَبِتَ أَنَّ زَوْجَتَكَ أَمَةٌ ، فَإِنْ شِئْتَ أَخْتَرْتَ الْمَقَامَ مَعَهَا عَلَى أَنَّكَ إِذَا وَطِئْتَهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، وَحَبَلْتَ مِنْكَ . . كَانَ الْوَلَدُ مَمْلُوكًا بِلَا كَلَامٍ ؛ لِأَنَّكَ تَطْؤُهَا عَلَى عِلْمٍ بِأَنَّهَا أَمَةٌ .

فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا مِمَّا يَضُرُّهُ ، وَقَدْ قُلْتُمْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهَا . . فَالْجَوَابُ : أَنَّا لَمْ نَقْبَلْ قَوْلَهَا فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهَا فِي إِجَابِ حَقٍّ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْعَقْدِ عَلَيْهِ .

فَأَمَّا الْحُكْمُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ : فَيُمْكِنُ إِيفَاءُ حَقِّهِ وَحَقٌّ مَنْ ثَبِتَ لَهُ الرُّقُّ عَلَيْهَا ، بِأَنْ يَطْلُقَهَا ، فَلَا يُلْزِمُهُ مَا لَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهِ ، أَوْ يُقِيمَ عَلَى نِكَاحِهَا ، فَلَا يَسْقُطُ حَقُّ سَيِّدِهَا .

فَإِنْ قِيلَ : إِذَا أَثْبَتْنَا حَقَّ الرُّقِّ الْآنَ ، فَاعْتَبَرُوا أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ . . قُلْنَا : لَا يُعْتَبَرُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّا إِنِ اثْبَتْنَا ذَلِكَ ، وَقُلْنَا بِفَسَادِ النِّكَاحِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ . . أَفَسَدْنَا الْعَقْدَ بِقَوْلِهَا ؛ لِأَنَّ شُرُوطَ نِكَاحِ الْأَمَةِ لَا تُعْتَبَرُ فِي الْاسْتِدَامَةِ ، وَإِنَّمَا تُعْتَبَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ .

وَإِنْ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ . . اعْتَدَّتْ بِثَلَاثَةِ أَقْرَاءَ ، وَهِيَ عِدَّةُ حَرَّةٍ .

قَالَ أَصْحَابُنَا : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَطْلُقَهَا ثَلَاثًا أَوْ دُونَ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ عِدَّةَ الطَّلَاقِ حَقٌّ لِلزَّوْجِ ، وَقَوْلُهَا لَا يُقْبَلُ فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّهَا إِنِ طُلِّقَتْ دُونَ الثَّلَاثِ . . فَلَهُ الرُّجْعَةُ فِي الْعِدَّةِ ، وَإِنْ طُلِّقَتْ ثَلَاثًا ، أَوْ كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا . . فَالْعِدَّةُ لَاسْتِبْرَاءِ مَائِهِ . أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَا تَجِبُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْاسْتِبْرَاءِ ، وَهُوَ : قَبْلَ الدَّخُولِ ؟ .

وَإِنْ مَاتَ عَنْهَا . . لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا عِدَّةُ حَرَّةٍ ؛ لِأَنَّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، لَا حَقٌّ لِلزَّوْجِ فِيهَا . أَلَا تَرَى أَنَّهَا تَجِبُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْاسْتِبْرَاءِ ؟ وَقَوْلُهَا مَقْبُولٌ فِيمَا يُسْقِطُ حَقَّ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ . وَتَعْتَدُ بِشَهْرَيْنِ وَخَمْسِ لَيَالٍ ، وَحَكَى الْمُحَامِلِيُّ : أَنَّهَا تَسْتَبْرِئُ بِقَرَّةٍ وَاحِدَةٍ ؛ لِأَنَّ اسْتِبْرَاءَ الْأَمَةِ بِقَرَّةٍ .

وَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ ذَكَرًا : فَإِنْ كَانَ قَدْ بَاعَ وَاشْتَرَى بَعْدَ الْبُلُوغِ ، أَوْ كَانَ اللَّقِيطُ أُنْثَى ، فَبَاعَتْ وَاشْتَرَتْ بَعْدَ الْبُلُوغِ ، فَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّهُ وَيَضُرُّ غَيْرَهُ . . حُكِمَ بِفَسَادِ الْعُقُودِ كُلِّهَا . فَإِنْ كَانَتِ الْأَعْيَانُ قَائِمَةً . . رُدَّتْ إِلَى أَهْلِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ تَالِفَةً . . ثَبِتَتْ قِيمَتُهَا فِي ذِمَّتِهِ ، يُتْبَعُ بِهَا إِذَا عَتَقَ .

وَإِنْ قُلْنَا : لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهُ . . لَمْ يَحْكَمْ بِفَسَادِ الْعُقُودِ وَتَلْزِمُهُ الْأَثْمَانُ .

فَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ . . دُفِعَتِ الْأَثْمَانُ عَنْهُ ، وَمَا بَقِيَ مِنْهُ يَكُونُ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ لَمْ يَفِ بِالْأَثْمَانِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ مَالٌ . . كَانَ ذَلِكَ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ ، يُتَّبَعُ بِهِ إِذَا عَتَقَ . هَكَذَا قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ .

وَقَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : إِنْ كَانَ لَهُ كَسْبٌ . . اسْتَوْفَى ذَلِكَ مِنْ كَسْبِهِ .

وَإِنْ كَانَ غُلَامًا ، فَتَكَحَّ ، فَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّهُ وَيَضُرُّ غَيْرَهُ . . حُكِمَ بِفَسَادِ النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا . . فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَإِنْ دَخَلَ بِهَا . . وَجَبَ عَلَيْهِ مَهْرٌ مِثْلُهَا . وَمِنْ أَيْنَ يُسْتَوْفَى ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

قَالَ فِي الْقَدِيمِ : (يُسْتَوْفَى مِنْ رَقَبَتِهِ ، كَأَرْشِ الْجَنَايَةِ) .

وَقَالَ فِي الْجَدِيدِ : (يُتَّبَعُ بِهِ إِذَا عَتَقَ) لِأَنَّهُ وَجَبَ بِرِضَا مَنْ لَهُ الْحَقُّ ، فَهُوَ كَثْمَنِ الْمِيعِ ، هَكَذَا ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَأَبُو الصَّبَّاحِ .

وَذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ فِي « الْمَهْذَبِ » : أَنَّهُ إِذَا دَخَلَ بِهَا . . لَزِمَهُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ أَوْ الْمَسْمُومِ ؛ لِأَنَّ الْمَسْمُومَ إِنْ كَانَ أَقْلًا . . لَمْ يَجِبْ مَا زَادَ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَدْعِيَهُ . وَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ أَقْلًا . . لَمْ يَجِبْ مَا زَادَ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ مَقْبُولٌ وَإِنْ ضَرَّ غَيْرُهُ .

وَأَمَّا إِذَا قُلْنَا : يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّهُ ، وَلَا يُقْبَلُ فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهُ . . فَإِنَّا نَحْكُمُ بِأَنَّ النِّكَاحَ وَقَعَ صَحِيحًا ، وَلَا نَحْكُمُ بِبَطْلَانِهِ فِيمَا مَضَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَضُرُّ بِالزَّوْجَةِ . وَلَكِنْ يُحْكَمُ بِإَنْفَسَاخِهِ مِنَ الْآنَ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِتَحْرِيمِهَا عَلَيْهِ . فَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا . . لَزِمَهُ نَصْفُ الْمَسْمُومِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا . . لَزِمَهُ جَمِيعُ الْمَسْمُومِ ، فَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ كَسْبٌ . . اسْتَوْفَى الْمَهْرَ مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ كَسْبٌ . . اسْتَوْفَى مِمَّا يَكْسِبُهُ مِنَ الْآنَ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَ بِإِذْنِ الْمَوْلَى . . لَكَانَ الْمَهْرُ مِنْ كَسْبِهِ ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا مِثْلُهُ .

فَرَعٌ : [جَنَايَةُ اللَّقِيطِ عَمْدًا] :

وَإِنْ جَنَى اللَّقِيطُ عَلَى غَيْرِهِ عَمْدًا بَعْدَ أَنْ أَقَرَّ بِالرَّقِّ . . وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَوْدُ ، سِوَاهُ كَانَ الْمُجَنِّيَّ عَلَيْهِ حَرًّا أَوْ عَبْدًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَضُرُّهُ ، وَإِنْ كَانَتْ جَنَايَتُهُ عَلَى غَيْرِهِ خَطَأً . . فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ :

[الوجه الأول] قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : يَتَعَلَّقُ الْأَرْضُ بِرَقَبَتِهِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّا قَدْ حَكَمْنَا بِأَنَّ أَرْضَ هَذِهِ الْجَنَايَةِ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، وَالْآنَ فَقَدْ أَقَرَّ بِالرَّقْ ، وَهَذَا يَضُرُّهُ ، فَقَبْلَ ، فَيُوْخَذُ بِالْأَرْضِ مِنْ مَالِهِ إِنْ كَانَ بِيَدِهِ مَالٌ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِيَدِهِ مَالٌ ، أَوْ كَانَ وَلَمْ يَفِ . . . بِيَعْتَ رَقَبَتَهُ .

[الوجه الثاني] قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : إِنْ قُلْنَا : لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهُ . . . كَانَ الْأَرْضُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ أَنْفَعُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ قَدْ لَا تَفِي بِالْجَنَايَةِ وَرَبَّمَا تَلَفَتْ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْأَرْضِ مِنْهَا فَيَسْقُطُ الْأَرْضُ .

[الوجه الثالث] قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : إِذَا قُلْنَا : يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهُ . . . لَمْ يَكُنْ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ حَقٌّ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، بَلْ يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ فِي رَقَبَةِ اللَّقِيطِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهُ ، وَكَانَ الْأَرْضُ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَةِ الرَّقَبَةِ . . . اسْتَحَقَّ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ قِيَمَةَ الرَّقَبَةِ ، وَوَجِبَ مَا زَادَ لَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ حَقُّهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِقَوْلِ الْجَانِي .

وَأَمَّا إِذَا جُنِيَ عَلَى اللَّقِيطِ بَعْدَ أَنْ أَقَرَّ بِالرَّقْ . . . نَظَرَتْ :

فَإِنْ كَانَتِ الْجَنَايَةُ عَلَيْهِ عَمْدًا ، فَإِنْ كَانَ الْجَانِي عَلَيْهِ عَبْدًا . . . وَجِبَ عَلَيْهِ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّهُ مَكَافِيءٌ لَهُ . وَإِنْ كَانَ الْجَانِي عَلَيْهِ حُرًّا . . . لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَسْتَحِقُّ الْقَوْدَ عَلَى الْحُرِّ ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ مِنَ الْأَرْضِ مَا عَلَى الْمَخْطِئِ عَلَيْهِ .

وَإِنْ كَانَتِ الْجَنَايَةُ عَلَيْهِ خَطَأً ، بِأَنْ قَطَعَ رَجُلٌ يَدَهُ خَطَأً ، فَإِنْ كَانَ نِصْفُ الْقِيَمَةِ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ الدِّيَةِ ، أَوْ كَانَا سَوَاءً . . . وَجِبَ عَلَى الْجَانِي نِصْفُ الْقِيَمَةِ . وَإِنْ كَانَ نِصْفُ الْقِيَمَةِ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ الدِّيَةِ ، فَإِنْ قُلْنَا : يَقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِيمَا يَضُرُّهُ وَيَضُرُّ غَيْرَهُ . . . لَزِمَ الْجَانِي نِصْفُ الْقِيَمَةِ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَضُرُّ غَيْرَهُ . . . لَزِمَهُ نِصْفُ الدِّيَةِ لَا غَيْرُ .

فِرْعُ : [إِقْرَارُ اللَّقِيطِ بِالرَّقْ] :

وَإِنْ أَقَرَّ اللَّقِيطُ أَنَّهُ عَبْدٌ لِرَجُلٍ ، فَكَذَبَهُ الْمُقَرُّ لَهُ . . . سَقَطَ حَقُّ الْمُقَرِّ لَهُ لِتَكْذِيبِهِ . فَإِنْ أَقَرَّ اللَّقِيطُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهُ عَبْدٌ لَأَخَرَ ، أَوْ صَادَقَهُ الْمُقَرُّ لَهُ الْأَوَّلُ . . . فَقَدْ قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ :

يُقبلُ ، كما لو أقرَّ لرجلٍ بدارٍ فكذبهُ المقرُّ له ، ثمَّ أقرَّ بها لآخرَ ، أو صادقهُ المقرُّ له .

والمنصوصُ : (أَنَّهُ لَا يُقبلُ) ؛ لَأَنَّهُ قَدْ أَخْبَرَ أَنَّهُ لَا يملكُهُ غَيْرُ الْأَوَّلِ ، فإذا أسقطَ المقرُّ له إقرارَهُ بتكذيبِهِ له . . رجَعَ إِلَى الْأَصْلِ - وهوَ : الْحَرِّيَّةُ - فَلَمْ يُقبلْ إقرارُهُ لغيرِهِ . ويخالفُ الدارَ ، فَإِنَّ الْأَوَّلَ إِذَا كَذَّبَ إقرارَهُ . . رَجَعَتِ الدارُ إِلَى مِلْكِهِ ، وإقرارُهُ فِي مِلْكِهِ مقبولٌ .

فرعٌ : [ادعاء رجل عبودية اللقيط] :

وإنِ ادَّعى رجلٌ على اللقيط أَنَّهُ عبْدُهُ ، فَأَنكَرَ اللَّقِيطُ أَنَّهُ عبْدُهُ ، ثُمَّ أقرَّ له بعدَ ذَلِكَ . . قَالَ الْمَسْعُودِيُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٦٧] : قُبِلَ إقرارُهُ له ، كما لو ادَّعى الزَّوْجُ أَنَّهُ راجعُ امرأَتِهِ فِي عِدَّتِهَا ، فَأَنكَرَتْ ، ثُمَّ أقرَّتْ بِصَحَّةِ الرَّجْعَةِ .

وإنِ أَنْكَرَ اللَّقِيطُ فَأَقَامَ الْمَدَّعي بَيِّنَةً . . حُكِمَ لَهُ بِمِلْكِهِ ، وَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الرقيقِ فِي التَّصَرُّفَاتِ قَبْلَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ وَبعْدَهَا ، سواءَ تَقَدَّمَ مِنْهُ إقرارٌ بِحَرِّيَّتِهِ أَوْ لَمْ يَتَقَدَّمْ .

وإنِ لَمْ يَكُنْ مَعَ الْمَدَّعي بَيِّنَةٌ ، وَسَأَلَ اللَّقِيطُ أَنْ يَحْلِفَ لَهُ : فَإِنْ كَانَ قَدْ تَقَدَّمَ مِنَ اللَّقِيطِ إقرارٌ بِالْحَرِّيَّةِ . . لَمْ يَحْلِفْ ؛ لَأَنَّهُ لَوْ أقرَّ لَهُ بِالرَّقِّ . . لَمْ يُقبلْ إقرارُهُ ، فلا فائِدَةَ فِي عَرَضِ الْيَمِينِ . وإنِ لَمْ يَتَقَدَّمْ مِنْهُ إقرارٌ بِالْحَرِّيَّةِ ، فَإِنْ قُلْنَا بِقَوْلِ عَامَّةِ أَصْحَابِنَا : يُقبلُ إقرارُهُ بِالرَّقِّ قَوْلًا وَاحِدًا . . حَلَفَ لَجَوَازِ أَنْ يَخَافَ مِنَ الْيَمِينِ فَيُقرَّ . وَإِنْ قُلْنَا بِقَوْلِ أَبِي الطَّيِّبِ بْنِ سَلَمَةَ . . هَلْ يُقبلُ إقرارُهُ بِالرَّقِّ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

فإنِ قُلْنَا : يُقبلُ . . حَلَفَ لَجَوَازِ أَنْ يَخَافَ مِنَ الْيَمِينِ فَيُقرَّ .

وإنِ قُلْنَا : لَا يُقبلُ إقرارُهُ . . لَمْ يَحْلِفْ ؛ لَأَنَّهُ لَوْ خَافَ مِنَ الْيَمِينِ فَأقرَّ بِالرَّقِّ . . لَمْ يُقبلْ إقرارُهُ ، فلا فائِدَةَ فِي الْيَمِينِ .

قُلْتُ : وَيَنْبَغِي أَنْ يَنْبَيَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي يَمِينِ الْمَدَّعي مَعَ نَكْوِلِ^(١) الْمَدَّعي عَلَيْهِ ،

(١) النكول : امتناع المستحلف عن اليمين أو تأخره أو تراجعها عنها إذا طلبها القاضي .

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهَا كَالْبَيِّنَةِ . . عُرِضَتِ الْيَمِينُ عَلَى اللَّقِيطِ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ أَيْضاً ؛ لَجَوَازِ أَنْ
يَنْكَلَ عَنِ الْيَمِينِ ، فَيَحْلِفُ الْمَدَّعِي فَيَكُونُ كَمَا لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ
كَالْإِقْرَارِ . . لَمْ تُعْرَضْ .

وَاللَّهُ أَعْلَمُ

* * *

کتاب الوقف

كتاب الوقف (١)

الوقف : عطية مؤبّدة . يقال : وقف ، ولا يقال : أوقف ، إلا في شأ اللّعة .

ويقال : حبس وأحبس .

إذا ثبت هذا : فإن الوقف يصح ، ويلزم بالقول ولا يفتقر إلى القبض . وبه قال مالك وأبو يوسف .

(١) الوقف - لغة - : التسبيل والحبس ، قال ابن فارس : الواو والقاف والفاء أصل يدل على تمكث في شيء ، ثم يقاس عليه . منه : وقفْتُ أقف وقوفاً ، ووقفْتُ وقفي ، ولا يقال في شيء أوقفْتُ ، إلا أنهم يقولون للذي يكون في شيء ثم ينزع عنه : قد أوقف . قال الطرماح من الخفيف :

جامحاً في غوايتي ثم أوقف سراً بالتقى وذو البرّ راضٍ
والموقف : موضع الوقوف حيث كان . قال الكسائي : يقال ما أوقفك هنا : أي ما صيرك إلى الوقوف . قال الشافعي : لم تحبس أهل الجاهلية فيما علمته داراً ولا أرضاً تبرراً ، وإنما حبس أهل الإسلام . وشرعاً ، قال أصحابنا : الوقف تحبیس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته ، يصرف في جهة خير موجود تقريباً إلى الله تعالى . ويستأنس له قبل الإجماع بقوله تبارك وتعالى : ﴿ لَنْ نَأْكُلَ الْلَحْمَ تَتَفَقَّوْا مِمَّا حَبَّبُونَ ﴾ [آل عمران : ٩٢] و : (أن أبا طلحة لما سمعها رغب في وقف بيرحاء وهو أحب أمواله) كما رواه عن أنس بن مالك البخاري (٢٧٦٩) في الوصايا وغيره . وقوله ﷺ فيما رواه عن أبي هريرة مسلم (١٦٣١) : « إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة : إلا من صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » . والصدقة الجارية : محمولة عند العلماء على الوقف المستمر كما قاله الرافعي . والمعنى : أن عمل الميت ينقطع لكن يتجدد له الثواب في هذه الأشياء ونحوها .

واشتهر اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على الوقف قولاً وفعلًا ، والشافعي رحمه الله قسم العطايا فقال : تبوع الإنسان على الغير بماله ينقسم إلى منجز في الحياة وإلى معلق بالموت كالوصية ، والأول ضربان : أحدهما : تملك محض كالهبات والصدقات ، والثاني : الوقف ، وسمي وقفًا لما فيه من وقف المال على الجهة المعينة . وتسمى الأوقاف : الصدقات المحرمات . وأركانها أربعة : وقف وواقف وموقوف عليه وصيغة .

وقال محمد بن الحسن وأبن أبي ليلى : يصح الوقف ، ولكن يقتصر إلى القبض .

وقال أبو حنيفة : (لا يصح الوقف أصلاً) ولكن أصحابه استثنوا هذا ، فقالوا : يصح الوقف ، ولكن لا يلزم ، بل له بيعه وهبته . ولا يلزم إلا في موضعين : إما أن يحكم به الحاكم ، أو يوصي الواقف به ^(١) .

دليلنا : ما روى نافع ، عن ابن عمر : (أن عمر رضي الله عنهما ملك مئة سهم بخير أبتاعها ، فأتى النبي ﷺ وقال : يا رسول الله إنني ملكت مالاً لم أملك مثله قط ، وأردت أن أتقرب به إلى الله تعالى ، فقال ﷺ : « حبس الأصل ، وسبل الثمرة » . قال : فتصدق به عمر رضي الله عنه في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وأبن السبيل ، لا يباع ولا يوهب ولا يورث . لا جناح على من وليها أن يأكل منها غير متأنل مالاً ، تنظر فيها حفصة ما عاشت ، فأما إذا ماتت فذوو الرأي من أهلها ، يعني : من أهل الوقف ^(٢) .

(١) وقال أبو حنيفة أيضاً : (الوقف كالعارية فلا يلزم) يعني : يصح له الرجوع فيه ، ويورث عنه ، ويجوز بيعه وهبته ، ويثبت إذا حكم به الحاكم ، أو علقه بموته كالوصية بالمنافع . وجاء في هامش نسخة : (وإذا مات رجع فيه ورثته إلا أن يوصي به بعد موته . . فتلزم الوصية بالزام حاكم) بتصرف .

(٢) أخرجه بالفاظ متقاربة عن ابن عمر رضي الله عنهما الشافعي في « ترتيب السند » (٤٥٧/٢) في الوقف ، وأحمد في « المسند » (١٢/٢ و ٥٥) ، والبخاري (٢٧٣٧) في الشروط و (٢٧٦٤) في الوصايا ، ومسلم (١٦٣٢) في الوصية ، وأبو داود (٢٨٧٨) في الوصايا ، والترمذي (١٣٧٥) في الأحكام ، والنسائي في « المجتبى » (٣٥٩٧) وإلى (٣٦٠١) و (٣٦٠٣) في الأحباس ، وابن ماجه (٢٣٩٦) و (٢٣٩٧) في الصدقات ، وابن الجارود في « المنتقى » (٣٦٨) و (٣٦٩) في الزكاة ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (١٥٩/٦) في الوقف . قال الترمذي : هذ حديث حسن صحيح ، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ، لا نعلم بين المتقدمين منهم في ذلك اختلافاً في إجازة وقف الأرضين وغير ذلك . تصدق : أوقف . الرقاب : تحرير الأرقاء . جناح : إثم . وليها : تولي النظر عليها . متأنل : غير جامع ، وكل شيء له أصل قديم ، وأثله الشيء أصله ، وفي رواية : متمول : متجر ومدخر . حبس الأصل : منع رقبته من البيع والهبة والصدقة . سبل الثمرة : جعلها توزع في سبيل الله تعالى .

فوجه الدليل من الخبر : أنَّ عمر رضي الله عنه : سأل النبي ﷺ عَنْ جِهَةِ التَّقَرُّبِ ، فقال : « حَبَسِ الْأَصْلَ » فَأَقْتَضَى الظَّاهِرُ أَنَّ الْقُرْبَةَ تَحْصُلُ بِنَفْسِ الْحَبْسِ . وَلَمْ يُعْتَبَرْ حَكْمُ الْحَاكِمِ بِهِ بَعْدَ الْوَقْفِ ، وَلَا الْوَصِيَّةُ بِهِ .

قَالَ الشَّافِعِيُّ : (وَمَعْنَى قَوْلِهِ ﷺ : « حَبَسِ الْأَصْلَ » أَيُّ بِمَا عَلَيْهِ الْأَمْوَالُ الْمَطْلُوقَةُ ، فَلَا تَبَاغُ وَلَا تَوْهَبُ وَلَا تَوَرُّثُ . إِذْ لَا مَعْنَى لِقَوْلِهِ : « حَبَسِ الْأَصْلَ » إِلَّا هَذَا . وَأَيْضاً فَإِنَّ عُمَرَ حَبَسَ ، وَقَالَ : (لَا يَبَاغُ وَلَا يَوْهَبُ وَلَا يَوَرُّثُ) وَهَذَا بَيَانُ حَكْمِ الْوَقْفِ) .

وَمَعْلُومٌ : أَنَّ عُمَرَ كَانَ جَاهِلاً بِأَصْلِ الْوَقْفِ حَتَّى سَأَلَ النَّبِيَّ ﷺ . فَكَيْفَ يَجْهَلُ أَصْلَ الْوَقْفِ ، وَيَعْلَمُ حُكْمَهُ ؟ فَعُلِمَ أَنَّهُ إِذَا ذَكَرَ هَذَا الْحَكْمَ بِتَوْقِيفٍ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِتَوْقِيفٍ مِنْهُ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْفَى هَذَا عَلَى النَّبِيِّ ﷺ . فَلَمَّا لَمْ يُنَكِّرْهُ . . دَلَّ عَلَى أَنَّ هَذَا حَكْمُ الْوَقْفِ .

وَرَوَى : عَنْ أَبِي بَكْرٍ^(١) ، وَعُثْمَانَ^(٢) ، وَطَلْحَةَ^(٣) : أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَقَفَ دَارَهُ .

وَرَوَى : (أَنَّ فَاطِمَةَ وَقَفَتْ عَلَى بَنِي هَاشِمٍ ، وَبَنِي الْمُطَّلِبِ)^(٤) . وَوَقَفَ عَلِيُّ عَلَيْهِمَ ، وَأَدْخَلَ مَعَهُمْ غَيْرَهُمْ^(٥) .

(١) أخرج عن عبد الله بن الزبير الحميدي خبر أبي بكر الصديق البیهقي في « السنن الكبرى » (١٦١/٦) في الوقف .

(٢) أخرج خبر عثمان ذي النورين البیهقي في « السنن الكبرى » (١٦١/٦) ، وابن جرير كما في « كنز العمال » (٤٦١٥١) ، وأما وقفه بئر رومة قال عنه الحافظ في « تلخيص الحبير » (٧٨/٣) : أورده البخاري تعليقاً والنسائي والترمذي من حديثه .

(٣) أخرج خبر طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه ابن جرير كما في كنز العمال (٤٦١٥١) في كتاب الوقف ولفظه : عن محمد بن عبد الله القرشي قال : (حبس عثمان بن عفان والزبير بن العوام وطلحة بن عبيد الله دورهم) ، وانظر « نصب الراية » (٤٧٨/٣) فقد عزاه إلى البیهقي في « الخلافيات » .

(٤) أخرج خبر الزهراء فاطمة عن زيد بن علي البیهقي في « السنن الكبرى » (١٦١/٦) . قال الحافظ في « تلخيص الحبير » (٧٩/٣) : ذكره الشافعي بسند فيه انقطاع إلا أنهم من أهل البيت .

(٥) أخرج خبر المرتضى علي عن زيد أيضاً البیهقي في « السنن الكبرى » (١٦١/٦) .

وروي عن جابر : أَنَّهُ قَالَ : (لَمْ يَبْقَ فِي أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ مَنْ لَهُ مَقْدَرَةٌ إِلَّا وَقْدٌ وَقَفَ) .

وروي : أَنَّ عَمْرُو بْنَ الْعَاصِ قَدِمَ مِنَ الْيَمَنِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَقَالَ : (لَمْ يَبْقَ فِي الْمَدِينَةِ لِأَهْلِهَا شَيْءٌ إِلَّا وَهُوَ وَقْفٌ) ^(١) .

وروي : أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حَفَرَ بَثْرًا ب : يَنْبُغَ ، فَخَرَجَ مَاؤُهَا مِثْلَ عُنُقِ الْبَعِيرِ . فَقِيلَ : بَخْتُ الْوَارِثِ . قَالَ : فَتَصَدَّقَ بِهَا عَلَيَّ وَكُتِبَ : (هَذَا مَا تَصَدَّقَ بِهِ عَلَيَّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ أَبْتِغَاءَ وَجْهِ اللَّهِ ، وَلِيَصْرِفَهُ عَنِ النَّارِ ، وَيَصْرِفَ النَّارَ عَنْهُ يَنْظُرُ فِيهِ الْحَسَنُ مَاعَاشٌ ، ثُمَّ الْحُسَيْنُ ، ثُمَّ ذَوُو الرَّأْيِ مِنْ وَلَدِهِ) ^(٢) .

وهذا إجماع من الصحابة رضي الله عنهم على الوقف ^(٣) .

مسألة : [وقف ما تثبت عينه] :

ويصح الوقف في كل عين يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، كالذور والأرضين والثياب والأثاث والسلاح والحيوان .

وقال أبو حنيفة : (لا يصح وقف الحيوان وإن حكم به الحاكم) .

وقال محمد بن الحسن : يصح الوقف في الحيوان إلا في الخيل .

دليلنا : ما روي : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : بعث عمرَ ساعياً ، فلما رجع . . شكا ثلاثة نفر :

العبّاس بن عبد المطلب ، وخالد بن الوليد ، وأبن جميل . فقال ﷺ : « ما ينقم أبن جميل إلا أَنَّهُ كَانَ فَقِيرًا فَأَغْنَاهُ اللَّهُ ، وَأَمَّا خَالِدٌ . . فَقَدْ ظَلَمْتُمُوهُ ، قَدْ أَحْتَسَبَ أَدْرَاعَهُ

(١) أخرج خبر عمرو بن العاص عن عبد الله بن الزبير الحميدي البيهقي في « السنن الكبرى » (١٦١/٦) بمعناه .

(٢) أخرج خبر علي أبي الحسن عن جعفر بن محمد عن أبيه البيهقي في « السنن الكبرى » (١٦٠/٦) ، وابن حزم في « المحلى » (١٨٠/٩) ، وأورده في « موسوعة فقه علي » (ص/٦١٢ و٦٢٦) . وفيه : (بشر) بدل (بخت) . والبخت : الجد والحظ ، يجمع على بخوت .

(٣) قال الوزير بن هبيرة في « الإفصاح » : واتفقوا على جواز الوقف .

وَأَعْبُدْهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ . وروي : « وَأَعْتَدْهُ »^(١) . وَالْأَعْتَدُ : الْخِيلُ .

فَالْخَبِيرُ حَجَّةٌ عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ .

وروي : أَنَّ أُمَّ مَعْقِلٍ أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ وَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ! إِنَّ أَبَا مَعْقِلٍ وَقَفَ نَاقَةً فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَإِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَزَكِّيْهَا ، فَإِنَّ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ »^(٢) .

وَيَصْخُ وَقَفَ الصَّغِيرِ مِنَ الْحَيَوَانِ ؛ لِأَنَّهُ يُرْجَى الْإِنْتِفَاعُ بِهِ . وَلَا يَصْخُ الْوَقْفُ فِي الْحَمَلِ ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِكُ مَنْجَزٌ . . . فَلَمْ يَصْخُ فِي الْحَمَلِ وَحْدَهُ ، كَالْبَيْعِ^(٣) . وَقَوْلُنَا : (تَمْلِكُ مَنْجَزٌ) أَحْتَرَاظٌ مِنَ الْوَصِيَّةِ . وَقَوْلُنَا : (وَحْدَهُ) أَحْتَرَاظٌ مِمَّنْ وَقَفَ حَيَوَانًا حَامِلًا ، فَإِنَّهُ يَصْخُ الْوَقْفُ فِي الْحَمَلِ تَبَعًا لِأُمِّهِ ، وَلَا يَصْخُ الْوَقْفُ فِيمَا لَا يُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ عَلَى الدَّوَامِ ، كَالْحَيَوَانِ الَّذِي تَحْطَمُ ، وَالطَّعَامُ وَالرِّيحَانِ .

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ الْبَخَارِيُّ (١٤٦٨) ، وَمُسْلِمٌ (٩٨٣) ، وَأَبُو دَاوُدَ (١٦٢٣) فِي الزَّكَاةِ ، وَطَرَفُهُ عِنْدَ التِّرْمِذِيِّ (٣٧٦٤) فِي الْمَنَاقِبِ ، وَالنَّسَائِيُّ فِي « الصَّغَرَى » (٢٤٦٤) وَ (٢٤٦٥) وَالِدَارَقُطْنِيُّ فِي « السَّنَنِ » (١٢٣/٢) فِي الزَّكَاةِ ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » (١٦٤/٦) فِي الْوَقْفِ . لَفْظُ : (أَعْبَدَهُ) قَالَ فِي « الْفَتْحِ » (٣٩٠/٣) : وَقِيلَ : إِنْ لَبِغَ رِوَاةُ الْبَخَارِيِّ « وَأَعْبَدَهُ » جَمَعَ عَبْدٌ ، حَكَاهُ عِيَاضُ ، وَالْمَشْهُورُ (أَعْتَدَهُ) . وَفِيهِ أَيْضًا : « وَأَمَّا الْعَبَّاسُ بْنُ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ فَعَمَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فِيهِ عَلَيْهِ صَدَقَةٌ وَمِثْلُهَا مَعَهَا » . قَالَ فِي « الْفَتْحِ » : وَقَعَ فِي رِوَايَةِ مُسْلِمٍ : (أَعْتَادَهُ) وَهُوَ جَمَعَ عَتَدَ أَيْضًا ، قِيلَ : هُوَ مَا يَعْدُهُ الرَّجُلُ مِنَ الدَّوَابِّ وَالسَّلَاحِ . يُقَالُ : فَرَسٌ عَتِيدٌ أَيْ : صَلْبٌ أَوْ مَعْدٌّ لِلرَّكُوبِ ، أَوْ سَرِيعُ الْوُثُوبِ ، وَيُقَالُ عَنِ الْعِدَّةِ وَالْعَتَادِ : الْأَهْبَةُ وَالْآلَةُ .

(٢) أَخْرَجَهُ - بِالْفَرَاقِ مِثْقَالَةً - عَنْ أُمِّ مَعْقِلٍ أَحْمَدُ فِي « الْمَسْنَدِ » (٣٧٥/٦) ، وَالدِّرَامِيُّ فِي « السَّنَنِ » (١٨٦٧) ، وَأَبُو دَاوُدَ (١٩٨٨) وَ (١٩٨٩) فِي الْمَنَاسِكِ ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » (٢٧٤/٦) فِي الْوَصَايَا ، وَيَدُلُّ لَهُ أَيْضًا فِي الْبَابِ :

عَنْ أَنَسٍ رَوَاهُ الْبَخَارِيُّ (٢٧٥٤) فِي الْوَصَايَا ، بَابُ : هَلْ يَنْتَفِعُ الْوَاقِفُ بِوَقْفِهِ ؟

وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَوَاهُ الْبَخَارِيُّ (٢٧٥٥) وَفِيهِ : « أَرَكْبُهَا » قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّهَا بَدَنَةٌ فَقَالَ : « أَرَكْبُهَا وَيْلَكَ » فِي الثَّانِيَةِ أَوِ الثَّلَاثَةِ .

(٣) فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةٍ : (فِيهِ وَجْهَانٌ ، بِنَاءٌ عَلَى أَنَّهُ هَلْ يَقَابِلُهُ قَسْطُ الثَّمَنِ أَمْ لَا ، مِنْ « الْحَاوِي ») .

وحكي عَنْ مَالِكٍ وَالْأَوْزَاعِيِّ : أَنَّهُمَا قَالَا : (يَجُوزُ وَقْفُ الطَّعَامِ) . وَهَذَا لَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ حَسْبُ أَصْلِهِ .

فرعٌ : [وقف العين غير الثابتة] :

وهل يصحُّ وَقْفُ الدَرَاهِمِ والدنانير ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

إِنْ قُلْنَا : تَصَحُّ إِجَارَتُهَا .. صَحَّ وَقْفُهَا .

وإِنْ قُلْنَا : لَا تَصَحُّ إِجَارَتُهَا .. لَمْ يَصَحَّ وَقْفُهَا . وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ لَا خِلَافَ أَنَّهُ لَوْ غَضِبَ مِنْهُ دَرَاهِمٌ أَوْ دَنَانِيرٌ .. لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ أُجْرَتُهَا .

وَأَمَّا وَقْفُ الْكَلْبِ : فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ^(١) : فَقَالَ بَعْضُهُمْ : فِيهِ وَجْهَانِ بِنَاءً عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي إِجَارَتِهِ . وَقَالَ الْفَقَّالُ : لَا يَصَحُّ وَقْفُهُ وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصَحُّ تَمْلِكُهُ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَصَحُّ وَقْفُهُ وَجْهًا وَاحِدًا ، كَمَا تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ .

وهل يصحُّ وَقْفُ أُمِّ الْوَلَدِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٢) :

أَحَدُهُمَا : لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِكُ ، وَأُمُّ الْوَلَدِ لَا تُمْلِكُ .

وَالثَّانِي : يَصَحُّ وَقْفُهَا ، كَمَا يَصَحُّ إِجَارَتُهَا .

فَعَلَى هَذَا : إِذَا مَاتَ سَيِّدُهَا .. عَتَقَتْ بِمَوْتِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ ثَبَتَ لَهَا بِالْاِسْتِيلَادِ^(٣) ، فَلَا يَبْطُلُ بَوَقْفِهَا ، كَمَا لَا يَبْطُلُ بِإِجَارَتِهَا .

فرعٌ : [الوقف في شيء معين] :

وَلَا يَصَحُّ الْوَقْفُ إِلَّا فِي عَيْنٍ مَعَيَّنَةٍ . فَإِنْ وَقَفَ عَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ .. لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إِبْطَالٌ لِمَعْنَى الْمِلْكِ فِيهَا ، فَلَمْ يَصَحَّ فِي عَيْنٍ بِذِمَّتِهِ ، كَالْعَتَقِ .

(١) فِي هَامِشِ نَسْخَةِ : (وَابْنُ الصَّبَّاحِ قَطَعَ بِالْمَنْعِ أَيْضًا) .

(٢) فِي (م) : (وَجْهَانِ) .

(٣) الْاِسْتِيلَادُ : طَلَبُ الْوَلَدِ مِنَ الْأُمَّةِ بِأَنْ يَفْتَرِشَهَا سَيِّدُهَا .

فَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ أَحَدَ هَؤُلَاءِ الْعَبِيدِ . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِكُ مَنْجَزٌ ، فَلَمْ يَصَحَّ فِي عَيْنِ غَيْرِ مَعْيَنَةٍ ، كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ .

فِرْعُ : [وقف المشاع] :

وَيَصَحُّ الْوَقْفُ فِي الْمَقْسُومِ وَالْمَشَاعِ ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَبُو يُوسُفَ .
وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : لَا يَصَحُّ الْوَقْفُ فِي الْمَشَاعِ ^(١) .
دَلِيلُنَا : حَدِيثُ عُمَرَ : (أَنَّهُ وَقَفَ مِئَةَ سَهْمٍ بِخَيْرٍ) . وَهَذَا وَقْفُ مَشَاعٍ .
وَيَصَحُّ وَقْفُ عَلَوِ الدَّارِ دُونَ سُفْلِهَا ، أَوْ سُفْلِهَا دُونَ عَلَوِهَا ؛ لِأَنَّهُمَا كَالْعَيْنَيْنِ .

مَسْأَلَةٌ : [الوقف فيما فيه طاعة] :

وَلَا يَصَحُّ الْوَقْفُ إِلَّا عَلَى مَا فِيهِ طَاعَةُ اللَّهِ ، كَالْوَقْفِ عَلَى أَوْلَادِهِ أَوْ عَلَى قَرَابَتِهِ أَوْ الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَطَلِبَةِ الْعِلْمِ ، وَكَالْوَقْفِ عَلَى الْمَسَاجِدِ وَالسَّقَايَاتِ وَالْقَنَاطِرِ وَالْمَقَابِرِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ أَخْبَارِ الصَّحَابَةِ .
فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى غَيْرِ مَعْيَنٍ . . لَمْ تَفْتَقِرْ صَحَّتُهُ إِلَى قَبُولِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ .
وَإِنْ كَانَ عَلَى مَعْيَنٍ . . فَهَلْ تَفْتَقِرُ صَحَّتُهُ إِلَى قَبُولِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :
الصَّحِيحُ : أَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ .

وَقَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق/ ٣٥٢] : يَفْتَقِرُ إِلَى قَبُولِهِ .
وَمَنْ قَالَ : لَا يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ . . فَإِنَّ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ مَعْيَنًا ، وَرَدَّ الْوَقْفَ . . بَطَلَ الْوَقْفُ عَلَيْهِ .

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى آدَمِيٍّ . . فَلَا بَدَّ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا حَيًّا يَوْمَ الْوَقْفِ عَلَيْهِ .
وَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَيْتٍ ، أَوْ عَلَى مَنْ يُولَدُ لَهُ . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ تَمْلِكُ فِي حَالِ الْحَيَاةِ ، فَلَمْ يَصَحَّ إِلَّا عَلَى مَوْجُودٍ حَيٍّ ، كَالْهَبَةِ وَالْبَيْعِ .

(١) الخلاف مبني هنا على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف وعدمه .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُخْرِجَهَا مِنْ مِلْكِهِ إِلَّا إِلَى مَالِكٍ مَنْفَعَةٍ يَوْمَ يُخْرِجُهَا إِلَيْهِ) .

فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ : لِمَ قَالَ الشَّافِعِيُّ : (لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ إِلَّا عَلَى مَالِكٍ) وَعِنْدَهُ يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَى الْمَسَاجِدِ وَالسَّقَايَاتِ وَالْقَنَاظِرِ وَالْمَقَابِرِ ؟ !
قُلْنَا : عَنْ ذَلِكَ جَوَابَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ الْوَقْفَ عَلَى الْمَسَاجِدِ وَالسَّقَايَاتِ وَالْقَنَاظِرِ وَالْمَقَابِرِ وَقَفٌ عَلَى الْمُسْلِمِينَ فِي الْحَقِيقَةِ ؛ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ تَرْجَعُ إِلَيْهِمْ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ أَرَادَ بِذَلِكَ : إِذَا وَقَفَ عَلَى الْآدَمِيِّ . . . فَلَا يَصَحُّ الْوَقْفُ إِلَّا عَلَى مَوْجُودٍ حَيٍّ . فَأَمَّا الْمَيِّتُ وَالْمَعْدُومُ : فَلَا يَصَحُّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ .

فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ لَوْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ وَعَقَبِهِمْ . . . جَازٌ ، وَإِنْ كَانَ الْعَقْبُ لَمْ يُخْلَقْ ؟
قُلْنَا : إِنَّمَا جَازَ ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ التَّبَعِ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ الْمَوْجُودِ .

فَرَعٌ : [الوقف على ذمي] :

وَأِنْ وَقَفَ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ عَلَى ذِمِّيٍّ . . . صَحَّ الْوَقْفُ ؛ لِأَنَّهُ يَصَحُّ أَنْ يَمْلِكَ بِصَدَقَةِ التَّطَوُّعِ . . . فَصَحَّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، كَالْمُسْلِمِ .

وَأِنْ وَقَفَ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ عَلَى كُنَاسٍ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَبِيعِهِمْ . . . لَمْ يَصَحَّ الْوَقْفُ ؛ لِأَنَّهَا مَجَامِعُ الْكُفْرِ وَمَشَاتِيمُ الرُّسُولِ ﷺ .

وَكَذَلِكَ الْوَقْفُ عَلَى خَادِمِهَا . . . لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ خِدْمَتَهَا مِنْ عِمَارَتِهَا .

وَأِنْ وَقَفَ عَلَى النَّازِلِينَ فِي الْكُنَاسِ مِنَ الْمَارَّةِ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ . . . قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : صَحَّ الْوَقْفُ ؛ لِأَنَّهُ وَقَفَ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ دُونَ الْكُنَاسِ وَالْبَيْعِ .

وَأِنْ وَقَفَ شَيْئاً عَلَى كِتَابِ التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ . . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهَا مَبْدَلَةٌ مَغْيَرَةٌ ، فَلَا حُرْمَةَ لَهَا .

وَأِنْ وَقَفَ شَيْئاً عَلَى مَنْ يَقْطَعُ الطَّرِيقَ ، أَوْ يَرْتَدُّ عَنِ الدِّينِ . . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ

لا يصحُّ إلا على برٍّ ، وهذا إعانة على المعصية .

وإن وقفَ على مرتدٍّ أو حربٍ . . ففيه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو إسحاق :

أحدهما : يصحُّ ، كما يصحُّ الوقفُ على الذمِّي .

والثاني : لا يصحُّ ؛ لأنَّه مأمورٌ بقتلِهما ، فلا معنى للوقفِ عليهما . وهذا يبطلُ

بالزاني المحصَّن ، فإنَّه مأمورٌ بقتله ، ويصحُّ الوقفُ عليه .

فرعٌ : [الوقف على بهيمة رجل] :

وإن وقفَ على بهيمة رجلٍ . . ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصحُّ ؛ لأنَّها لا تملكُ ، فلم يصحَّ الوقفُ عليها .

والثاني : يصحُّ . قال ابنُ الصَّبَّاحِ : وهو ظاهرُ المذهبِ ؛ لأنَّ ذلك وقفٌ على

مالكِها ، قال : إلا أنَّه يُنفقُ منه عليها ، فإذا نفقت - أي : ماتت - كان لصاحبِها . وأمَّا

إذا وقفَ على عبدٍ أو أمٍّ ولِدٍ . . ففيه طريقان :

قال الشيخان - أبو حامدٍ وأبو إسحاق - : لا يصحُّ الوقفُ عليهما ؛ لأنَّه تملكُ

منجَزٌ ، فلم يصحَّ على العبدِ ، كالهبة^(١) .

وقال القاضي أبو الطيّبِ في « المجرد » : يبنى على القولين في أنَّه : هل يملكُ إذا

ملكه السيّدُ ؟

فإن قلنا : إنَّه يملكُ . . صحَّ الوقفُ عليه^(٢) . فإذا أعتقَ . . كان له ، مثله^(٣) .

وإن قلنا : إنَّه لا يملكُ . . فهو كما لو وقفَ على بهيمةٍ غيره ، على وجهين :

الصحيحُ : يصحُّ .

(١) في هامش نسخة : (أراد أنه لا يملك بل يدخل في ملك السيد . « حلية العلماء ») .

(٢) في حاشية نسخة (المذهب فيما إذا وقفه على العبد نفسه أنه باطل ، وأنه إذا أطلق الوقف عليه يصح ويكون وقفاً على سيده . . .) .

(٣) في هامش نسخة : (وعلى قياس هذا إذا باعه أو وهبه يكون الوقف مستمراً) . و (مثله) أي : مثل . صحة الوقف .

مسألة : [وقف على نفسه ثم الفقراء] :

إذا وقف شيئاً على نفسه ، ثم على الفقراء والمساكين . أو على نفسه وأولاده ، ثم على الفقراء . . لم يصح الوقف على نفسه .

وقال ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأبو يوسف ، وأحمد : (يصح) . قال ابن الصباغ : وإليه ذهب أبو العباس وأبو عبد الله الزبيرى من أصحابنا ؛ لما روى : أنَّ عمر رضي الله عنه لمَّا وقف قال : (لا بأس على من وليها أن يأكل منها غير متأثِّل مالا) . فجعل لمن يليها أن يأكل منها . وقد يليها الواقف وغيره . وقد كانت بيده إلى أن مات .

وروى : أنَّ عثمان رضي الله عنه لمَّا وقف بئر رومة قال : (دلوي منها كدلاء المسلمين)^(١) ولأنَّ الوقف وقفان : وقف خاص ، ووقف عام . ثم ثبت : أنَّ الوقف العام له فيه حظ ، وهو : إذا وقف مسجداً أو سقاية . . فإنَّ له أن يصلي في المسجد ، ويشرب من السقاية ، فكذلك في الوقف الخاص .

ودليلنا : أنَّ الوقف تمليك للربة والمنفعة ، فلا يجوز أن يملك نفسه من نفسه ، كما لا يجوز ذلك في البيع والهبة . وأمَّا حديث عمر : فمحمول على أنه شرط ذلك لغيره .

وأمَّا حديث عثمان : فلأنَّ ذلك وقف عام ، وهو يدخل في العام من غير شرط . إذا ثبت هذا ، وأنَّ وقفه على نفسه لا يصح : فإنه يكون وقفاً منقطع الابتداء متصل الانتهاء ، على ما يأتي بيانه .

(١) أخرجه من طريق ثمامة بن حزن القشيري عن عثمان رضي الله عنه البخاري تعليقاً في الوصايا ، باب (١٤) ، والترمذي (٣٠٧٤) في المناقب ، والنسائي في « الصغرى » (٣٦٠٨) ، والدارقطني في « السنن » (١٩٦ / ٣) في الأحباس . قال الترمذي : هذا حديث حسن ، وقد روي من غير وجه عن عثمان .

فرع : [التحبس على الولد بشرط] :

قال في « البويطي » : (إذا قال : داري حبس على ولدي ، ثم مرجعها إلي إذا انقرض .. فالحبس باطل) . وقد قيل : جائز ، ويرجع إلى أقرب الناس بالمحبس .

مسألة : [الوقف المعلق أو على التخيير] :

وإن قال : وقفت داري هذه على أحد هذين الرجلين ، أو على من يختاره فلان .. لم يصح ؛ لأنه تملك منجز ، فلم يصح على غير معين ، كالبيع .

وإن قدر الوقف بمدة .. فأختلف أصحابنا فيه :

فقال الشيخ أبو إسحاق : لا يصح من غير تفصيل .

وقال المسعودي [في « الإبانة » ق/ ٣٤٩] : إذا قال : وقفت داري هذه على زيد سنة ، ثم تعود ملكي بعد السنة .. ففيها ثلاثة أقوال^(١) :

أحدها : لا يصح الوقف ؛ لأن مقتضى الوقف التأيد ، وليس هذا بمؤبد .

والثاني : يصح الوقف ، ويرجع إليه بعد السنة ، فكأنه جعل غيره أحق بمنفعة الدار هذه السنة بإجارة أو إعارة .

والثالث : يكون كما لو قال : وقفتها على زيد وأولاده ، وأطلق .. فيكون وقفاً متصل الابتداء منقطع الانتهاء ، على ما يأتي بيانه .

وقال ابن الصبّاح : وإن قال : وقفتها على زيد سنة ، وأطلق .. فإنه وقف متصل الابتداء منقطع الانتهاء ، على ما يأتي بيانه .

وإن قال : وقفت هذا على زيد سنة ، ثم بعد السنة على الفقراء والمساكين .. فظاهر كلام ابن الصبّاح أنه يصح قولاً واحداً . وقد ذكر الشيخ أبو حامد ما يدل على ذلك في التي بعدها .

(١) لكن قال في « التنبيه » : قولان . من هامش نسخة .

مسألة : [الوقف على أحوال] :

وإذا وَقَفَ وَقَفًا : فلا يخلو مِنْ أربعة أحوالٍ : إمَّا أَنْ يكونَ معلومَ الابتداء والانتهاء ، أو يكونَ مجهولَ الابتداء والانتهاء ، أو يكونَ معلومَ الابتداء مجهولَ الانتهاء ، أو يكونَ مجهولَ الابتداء معلومَ الانتهاء .

فإن كَانَ معلومَ الابتداء والانتهاء . . صحَّ الوقفُ ، وذلكَ يُتَصَوَّرُ مِنْ وَجهينِ :

أحدهما : أَنْ يَقِفَهُ عَلَى قومٍ مَعْيَنِينَ بالصفة لا يجوزُ بحكمِ العادةِ أَنْقِطَاعُهُمْ ، مثلُ : أَنْ يَقِفَهُ عَلَى الفقراءِ والمساكينِ ، أو عَلَى طَلَبَةِ العلمِ ، أو أبناءِ السبيلِ ، وما أشبه ذلكَ ، أو عَلَى قبيلةٍ لَا تَنْقَطِعُ ، كبنِي تميمٍ .

الثاني : أَنْ يَقِفَهُ عَلَى قومٍ مَعْيَنِينَ ينقطعونَ فِي العادةِ ، ثُمَّ بعدهمُ عَلَى مَنْ لَا يَنْقَطِعُ ، مثلُ أَنْ يَقِفَهُ عَلَى أولادهِ وأولادِ أولادهِ ، فإذا أَنْقَرَضُوا ، فعلى الفقراءِ والمساكينِ .

قالَ الشيخُ أَبُو حامِدٍ : ولا يجوزُ أَنْ يكونَ الابتداءُ معلومًا بالصفةِ ، والانتهاءُ معلومًا بالتعيينِ ، مثلُ أَنْ يقولَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى الفقراءِ والمساكينِ ، ثُمَّ عَلَى أولادي ، أو عَلَى بني تميمٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا يَفْنَى ؛ لِأَنَّ الدُّنْيَا لَا تَخْلُو مِنْ فقراءٍ ومساكينٍ .

قالَ : إِلَّا أَنْ يُقَدَّرَهُ بِمَدَّةٍ ، مثلُ أَنْ يقولَ : وَقَفْتُ عَلَى الفقراءِ وَالْمَساكِينِ سَنَةً ، أو عَشْرَ سِنِينَ ، ثُمَّ عَلَى أولادي ، ثُمَّ عَلَى بني تميمٍ ، فيصحُّ .

فإن كَانَ الوقفُ مجهولَ الابتداء والانتهاء ، مثلُ أَنْ يقولَ : وَقَفْتُ دَارِي عَلَى أولادي ، ولا أولادَ لَهُ ، أو عَلَى رجالٍ ، أو عَلَى حَمَلِ هَذِهِ الْمَرْأَةِ . . فلا يصحُّ الوقفُ ؛ لِأَنَّ الوقفَ تَمْلِيكٌ لِلرَّقَبَةِ وَالْمَنْفَعَةِ ، فَلَمْ يَصَحَّ عَلَى مَنْ لَا يَمْلِكُ ، كما لَا يَصَحُّ الْبَيْعُ وَالْإِجَارَةُ مِنْ غَيْرِ مُلْكٍ .

فإن كَانَ الوقفُ معلومَ الابتداء مجهولَ الانتهاء ، مثلُ أَنْ يقولَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى أولادي ، ويسكتُ ، وَلَهُ أولادٌ ، أو عَلَى أولادي وأولادِ أولادي ما تناسلُوا وتعاقبُوا ،

وَلَمْ يَصْرَفْهُ بَعْدَ أَنْقَرَا ضِهِمْ عَلَى سَبِيلٍ لَا يَنْقَطِعُ . . ففِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ الْوَقْفَ بَاطِلٌ . وَبِهِ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَى الْوَقْفِ التَّأْيِيدُ ، وَهَذَا لَيْسَ بِمُؤَيَّدٍ ؛ لِأَنَّ نَسْلَهُ قَدْ يَنْقَطِعُ ، فَلَمْ يَصَحَّ الْوَقْفُ ، كَمَا لَوْ كَانَ مَجْهُولَ الْإِبْتِدَاءِ وَالْإِنْتِهَاءِ .

وَالثَّانِي : يَصَحُّ الْوَقْفُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ؛ لِأَنَّ ابْتِدَاءَ الْوَقْفِ مَعْلُومٌ ، وَيُمْكِنُ نَقْلُهُ إِلَى غَيْرِهِ بَعْدَ أَنْقَرَا ضِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ كَانَ مَعْلُومَ الْإِبْتِدَاءِ وَالْإِنْتِهَاءِ .

فَإِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْوَقْفَ بَاطِلٌ . . فَإِنَّ الْمَوْقُوفَ يَكُونُ بَاقِيًا عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ .

وَإِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْوَقْفَ صَحِيحٌ . . فَإِنَّ الْوَقْفَ يُصْرَفُ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ مَا دَامُوا .

فَإِذَا أَنْقَرَضُوا . . ففِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ حَكَاهَا الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق/ ٣٤٧] :

أَحَدُهَا : يُصْرَفُ إِلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّهُمْ هُمُ الَّذِينَ يُؤُولُ إِلَيْهِمُ الْوَقْفُ الصَّحِيحُ .

وَالثَّانِي - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ - : أَنَّهُ يَرْجَعُ مِلْكًا إِلَى الْوَاقِفِ إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، أَوْ إِلَى وَارِثِهِ إِنْ كَانَ مَيِّتًا ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ وَقْفًا عَلَى مَنْ سَمَّاهُ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ وَقْفًا عَلَى غَيْرِهِ ، فَرَجَعَ إِلَى الْوَاقِفِ .

وَالثَّالِثُ - وَهُوَ الصَّحِيحُ ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا الْبَغْدَادِيُّونَ غَيْرَهُ - : أَنَّهُ يُنْقَلُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ بِالْوَاقِفِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ قَدْ زَالَ عَنْهُ ^(١) عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ ، فَلَمْ يَعُدْ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا . وَإِذَا لَمْ يَعُدْ مِلْكُهُ إِلَيْهِ . . كَانَ أَقَارِبُهُ بَعْدَ مَنْ سَمَّاهُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ جِهَةَ الثَّوَابِ وَأَوْلَى جِهَاتِ الثَّوَابِ أَقَارِبُهُ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « لَا صَدَقَةٌ وَذُو رَحِمٍ مُنْتَجِجٌ » ^(٢) ، وَقَوْلِهِ ﷺ : « صَدَقَتُكَ عَلَى الْمَسَاكِينِ صَدَقَةٌ ، وَعَلَى ذِي رَحِمٍ اثْنَتَانِ : صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ » ^(٣) .

(١) فِي نَسْخَةٍ : (يَدْعُهُ) .

(٢) لَمْ أَرَهُ .

(٣) أَخْرَجَهُ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ عَامِرٍ أَبُو عُبَيْدٍ فِي « الْأَمْوَالِ » (٩١٦) ، وَالتِّرْمِذِيُّ (٦٥٨) ، وَالنَّسَائِيُّ فِي « الصَّغَرَى » (٢٥٨٢) ، وَابْنُ مَاجَهَ (١٨٤٤) ، وَابْنُ خَزِيمَةَ فِي « صَحِيحِهِ » (٢٣٨٥) ، وَابْنُ حِبَّانَ فِي « الْإِحْسَانِ » (٣٣٤٤) ، وَالْحَاكِمُ فِي « الْمُسْتَدْرَكِ » (٤٠٧/١) ، وَالْبَيْهَقِيُّ فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » (١٧٤/٤) فِي الزَّكَاةِ بِإِسْنَادٍ صَحِيحٍ ، قَالَ التِّرْمِذِيُّ : حَسَنٌ وَفِيهِ أَلْفَاظٌ : =

فإذا قلنا بهذا : قال المسعودي [في «الإبانة» ق/٣٤٦] : فأختلف أصحابنا في أقرب الناس إليه :

فمنهم من قال : هم ورثته الذين جعلهم الله أحق بميراثه .

وقال ابن سريج : أقربهم جواراً لا قرابة ؛ لأن الشافعي قال : (يُصرف إلى أقرب الناس بالواقف) وأقربهم به : جاره .

ومنهم من قال : أقربهم به رجماً وإن لم يكن وارثاً . وهذا هو المشهور .

فعلى هذا : إن كان هناك ابن بنت أو ابنة بنت ، وابن عم . . كان ابن البنت أو ابنة البنت أولى من ابن العم .

وإن كان هناك قرابة له ذكور ونساء : سوى بينهم ، فيقدم الأقرب فالأقرب . فأقربهم الأولاد ، ثم أولادهم وإن سفلوا . فإن لم يكن أحد منهم . . فالأبوان . فإن اجتمعا . . استويا . فإن اجتمع له جد وأخ لأب . . ففيه قولان : أحدهما : أنهما سواء ، كما قلنا في الميراث .

والثاني : أن الأخ أولى ؛ لأن تعصيبه تعصيب الأولاد .

وهل يختص به فقراؤهم ، أو يشترك به الأغنياء والفقراء ؟ فيه قولان :

أحدهما : يشترك فيه الأغنياء والفقراء ؛ لأن أسم القرابة يجمعهم .

والثاني : يختص به الفقراء ؛ لأن القصد منه القربة ، والقربة في الفقراء أكثر ثواباً من الغني .

فإن كان الوقف مجهول الابتداء معلوم الانتهاء ، مثل أن يقف على ولده ولا ولد له ، ثم على الفقراء . أو على قوم غير معينين ثم على الفقراء ، أو على زيد ثم على الفقراء فرد زيد الوقف . . فإن الوقف يبطل عليه . وهل يبطل الوقف على الفقراء في هذه المسائل^(١) ؟ اختلف أصحابنا فيه :

= « الصدقة على المسكين صدقة » و : « إن الصدقة على المسكين صدقة » .

(١) قال الشيخ زيد اليفاعي في « فتاويه » : متى صح الوقف على الموقوف عليه بوجود شرائطه . . =

فَقَالَ أَبُو عَلِيٍّ بْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ : هِيَ عَلَى قَوْلَيْنِ كَأَلَّتِي قَبْلَهَا . وَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِيهَا فِي « حَرَمَلَةَ » ؛ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ دَخَلَتْ فِي أَحَدِ طَرَفَيْ الْوَقْفِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ دَخَلَتْ فِي الْإِنْتِهَاءِ .

وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : يَبْطُلُ الْوَقْفُ هَاهُنَا قَوْلًا وَاحِدًا ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ فِي « الْمُخْتَصَرِ » ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَّ فَرْعٌ لِأَصْلِ بَاطِلٍ ، فَكَانَ بَاطِلًا .

فَإِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ بَاطِلٌ . . فَلَا كَلَامَ .

وَإِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ صَحِيحٌ . . فَلَا حَقَّ لِلْبَطْنِ الْأَوَّلِ فِيهِ . وَهَلْ يَنْقَلُ الْوَقْفُ إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي ؟ يَنْظُرُ فِيهِ :

فَإِنْ كَانَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ لَا يُمْكِنُ أَعْتَابُ أَنْقَرَضِهِ كَرَجُلٍ غَيْرٍ مُعَيَّنٍ . . نُقِلَ الْوَقْفُ فِي الْحَالِ إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي .

وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ يُمْكِنُ أَعْتَابُ أَنْقَرَضِهِ كَأُمٍّ وَلَدِهِ ، أَوْ وَقَفَ عَلَى وَارَثِهِ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، ثُمَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ . . فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ :

أَحَدُهَا : أَنَّهُ يُنْقَلُ فِي الْحَالِ إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ لَمْ يَصَحَّ عَلَى الْأَوَّلِ ، فَكَانَ وُجُودُهُ كَعَدَمِهِ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى الْوَاقِفِ إِنْ كَانَ حَيًّا ، أَوْ إِلَى وَارَثِهِ إِنْ كَانَ مَيِّتًا ، إِلَى أَنْ يَنْقَرِضَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ نَقْلُهُ إِلَى الثَّانِي فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِي صَرْفِهِ إِلَيْهِ أَنْقَرَاضَ الْأَوَّلِ ، فَبَقِيَ عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ .

وَالثَّلَاثُ - وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ الصَّبَّاحِ - : أَنَّهُ يُنْقَلُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ بِالْوَاقِفِ إِلَى أَنْ يَنْقَرِضَ الْأَوَّلُ ، ثُمَّ يُنْقَلُ إِلَى الثَّانِي ، كَمَا قُلْنَا فِي الْوَقْفِ الْمَعْلُومِ الْإِبْتِدَاءِ ، الْمَجْهُولِ الْإِنْتِهَاءِ .

= لم يكن له رده ، كالهبة المقبوضة لا يملك ردها . ولعله أراد به قبض الموقوف عليه - بعد القبول - لأنه يفهم من تشبيهه بالهبة . وأما القبض : فاشتراط بلا خلاف على المذهب (كذا جاء في حاشية نسخة .

قال الشيخ أبو حامد : وقد نصَّ الشافعي في « حرملة » : (أن رجلاً لو وقف داره في مرض موته على ولده ، وولد ولده . . صحَّ الوقف في نصف الدار على ولد الولد ، ولم يصحَّ في النصف على الولد ؛ لأنه وارث . فيكون للولد أخذ نصف غلة الوقف ما عاش ، فإذا مات . . صار ذلك لولد الولد) فجعل للولد أخذ نصف الغلة بحق الملك ، فإذا مات . . نُقل إلى ولد الولد .

فإذا قلنا : إنه ينقل إلى أقرباء الواقف . . فهل يختصُّ به فقراؤهم ، أو يشترك فيه أغنيائهم وفقراؤهم ؟ على ما مضى من القولين .

فرع : [وقف داره على اثنين ولم يذكر من بعدهما] :

قال المسعودي [في « الإبانة » ق/ ٣٤٧] : لو وقف داره على زيد وعمر ، وسكت عن ذكر من بعدهما ، وقلنا : يصحُّ ، فمات أحدهما . . ففيه قولان : أحدهما : يرجع نصيب الميت إلى الباقي منهما ؛ لأنها موقفة عليهما ، فكان الباقي منهما أحقَّ بها .

والثاني : يُصرف نصيب الميت منهما إلى ما يُصرف جميعها إذا ماتا ، على ما مضى .

فرع : [لم يذكر الموقوف عليه] :

وإن قال : وقفت داري ، أو تصدقت به صدقة محرمة ، ولم يقل على من . . ففيه قولان :

أحدهما : إن الوقف باطل ؛ لأن الوقف تملك فلا بد من مملك ، كالبيع والهبة ، ولأنه لا خلاف أنه لو قال : وقفت داري على أقوام أو رجال ، أنه لا يصحَّ الوقف وقد ذكر الموقوف عليه . . فبأن لا يصحَّ ولم يذكره أولى .

والثاني : يصحَّ الوقف ؛ لأنَّ القصد من الوقف القربة ، فصحَّ وإن لم يذكر الواقف الموقوف عليه ، كما لو قال : عليَّ الله أن أضحيَّ بهذه الشاة . ولأنه لو قال : أوصيت

بثلي وأطلق.. لصَحَّتِ الوصِيَّةُ وصُرِفَتْ إلى الفقراء ، فكذلك هذا مثله . ويفارقُ البيعَ والهبة ؛ لأنه ليسَ لهما مصرفٌ معروفٌ . ويفارقُ إذا وَقَفَ على قومٍ أو رجالٍ غيرِ معيَّنين ؛ لأنَّا لو صحَّحناه ورددناه على قومٍ . ربَّما أخطأنا مراده إن كان قصده غيرهم .
فإذا قلنا : إنَّ الوقفَ صحيحٌ . فإنَّ الوقفَ يُصرفُ إلى أقرباء الواقفِ ؛ لأنَّهم أولى جهاتِ الثوابِ .

قال الشافعيُّ : (ويستوي فيه الأغنياء والفقراء) .
قال الشيخ أبو حامد : فنصَّ على أحد القولين ، ويجيء فيه القول الآخرُ أنَّه يختصُّ به فقراؤهم .

مسألة : [يشترط للوقف القول] :

ولا يصحُّ الوقفُ إلَّا بالقولِ . وألفاظه ستَّةٌ :
وَقَفْتُ ، وَحَبَسْتُ ، وَسَبَّلْتُ ، وَتَصَدَّقْتُ ، وَحَرَمْتُ ، وَأَبَدْتُ .
فأمَّا الوقفُ : فهو صريحٌ ؛ لأنه لا يصلحُ في عَرَفِ اللُّغَةِ إلَّا لذلك .
وأمَّا التحيسُّ ، والتسبيلُ : فهما صريحان أيضاً ؛ لأنَّ الشرعَ وردَ بهما ، وهو قولُ النبي ﷺ : « حَبَسَ الْأَصْلَ وَسَبَّلَ الثَّمَرَةَ » ولا يصلحان في اللُّغَةِ إلَّا لذلك .
أمَّا الصدقةُ : فهو كنايةٌ . فإنَّ نوى به الوقفَ . صارَ وقفاً فيما بينه وبينَ الله تعالى دونَ الحكمِ ، إلَّا أن يقولَ : أنا نويتُ به الوقفَ ، فيصيرُ وقفاً فيما بينه وبينَ الله تعالى وفي الحكمِ ؛ لأنَّ هذه اللفظةَ مشتركةٌ بينَ صدقةِ الفرضِ والتطوُّعِ ، وهي في صدقةِ التطوُّعِ أظهرُ .

فإنَّ قَرَنَ بالصدقةِ لَفْظَةً مِنْ أَلْفَاظِ الوقفِ ، بأنَّ قالَ : صدقةٌ موقوفةٌ ، أو مُحَبَّسَةٌ ، أو مُسَبَّلَةٌ ، أو محرَّمةٌ ، أو مؤبَّدةٌ ، أو قَرَنَ بها حكماً مِنْ أَحْكَامِ الوقفِ ، بأنَّ قالَ : صدقةٌ لا تباعُ ، ولا توهبُ ، ولا تُورَثُ . . صارَ ذلكَ وقفاً ؛ لأنَّ انضمامَ ذلكَ إلى لفظِ الصدقةِ لا يحتملُ غيرَ الوقفِ .

وأمَّا قوله : حَرَمْتُ ، وَأَبَدْتُ : ففيهما وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّهُمَا كُنَايَةٌ . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُحَامِلِيِّ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ حَرَّمْتُ : يَقْتَضِي تَحْرِيماً عَنْ نَفْسِهِ ، وَلَا يَقْتَضِي تَمْلِيكَ الْعَيْنِ . وَالْوَقْفُ يَقْتَضِي تَمْلِيكَ الْعَيْنِ ، فَلَمْ تَكُنْ صَرِيحَةً .

وقوله أَبَدْتُ : يَقْتَضِي التَّأْيِيدَ ، وَلَيْسَ لِهَذِهِ اللَّفْظَةِ عُرْفٌ مُسْتَعْمَلٌ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُمَا صَرِيحَانِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ الصَّبَّاحِ ؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ التَّحْرِيمِ وَالتَّأْيِيدِ فِي الْجَمَادَاتِ لَا يَصْلُحَانِ لغيرِ الْوَقْفِ .

قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : وَلِأَنَّ الشَّافِعِيَّ جَعَلَهُمَا مَعَ لَفْظَةِ الصَّدَقَةِ صَرِيحَيْنِ فِي الْوَقْفِ . وَلَوْ كَانَا كُنَايَةً فِي الْوَقْفِ . . لَمْ تَصِرِ الصَّدَقَةُ بِهِمَا صَرِيحاً ؛ لِأَنَّ بِإِضَافَةِ الْكُنَايَةِ إِلَى الْكُنَايَةِ لَا يَحْصُلُ الصَّرِيحُ .

فَرَعٌ : [يَلْزِمُ الْوَاقِفُ لِلْمَسْجِدِ وَالْمَقْبَرَةِ أَنْ يَتَلَفَّظَ بِذَلِكَ] :

فَإِنْ بَنَى مَسْجِداً وَأَذِنَ لِلنَّاسِ فِي الصَّلَاةِ فِيهِ ، أَوْ أَذِنَ لِلنَّاسِ فِي الدَّفْنِ فِي أَرْضِهِ . . لَمْ يَصِيرَا بِذَلِكَ وَقفاً .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : (إِذَا بَنَى فِي دَارِهِ مَسْجِداً ، وَفَتَحَ بَابَهُ إِلَى الشَّارِعِ ، وَأَذِنَ لِلنَّاسِ فِي الصَّلَاةِ فِيهِ ، أَوْ أَذِنَ لِلنَّاسِ بِالدَّفْنِ فِي أَرْضِهِ . . صَارَا بِذَلِكَ وَقفاً) .

دَلِيلُنَا : أَنَّهُ تَحْيِيسُ عَيْنٍ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ ، فَكَانَ مِنْ شَرْطِهِ الْقَوْلُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ حَبَسَ دَاراً عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . وَهَذَا^(١) أَحْتَرَاظٌ مِنَ الْآخِرِسِ .

مَسْأَلَةٌ : [صَحَّةُ الْوَقْفِ تَزِيلُ الْمَلِكَ] :

وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ . . زَالَ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنِ الْوَقْفِ .

وَحَكَى أَبُو الْعَبَّاسِ ابْنُ سَرِيحٍ فِيهِ قَوْلَا آخَرَ : أَنَّهُ لَا يَزُولُ مِلْكُهُ عَنِ الْوَقْفِ ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَشْهُورُ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ سَبَبٌ يَقْطَعُ تَصَرُّفَ الْوَاقِفِ فِي الرِّقَبَةِ وَالْمَنْفَعَةِ ، فَأَزَالَ الْمَلِكُ ، كَالْعَتَقِ .

(١) فِي (م) : (وَفِيهِ) .

إذا ثَبَتَ لهذا : فَإِلَى مَنْ يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ فِي الْوَقْفِ ؟

نَصَّ الشَّافِعِيُّ هَاهُنَا : (أَنَّ الْمِلْكَ يَنْتَقِلُ فِيهِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى) وَنَصَّ فِي (الشَّهَادَاتِ) : (أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا ادَّعَى أَنَّ أَبَاهُ وَقَفَ عَلَيْهِ ، وَأَقَامَ عَلَيْهِ شَاهِدًا وَاحِدًا . . . حَلَفَ مَعَهُ) .

فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : هَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمِلْكَ أُنْتَقَلَ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ حُكِمَ بِثُبُوتِ الْوَقْفِ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ ، وَلَوْ أُنْتَقَلَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى . . . لَمْ يُحْكَمْ بِثُبُوتِهِ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْعَتَقِ ، فَتَكُونُ الْمَسْأَلَةُ عَلَى قَوْلَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ فِيهِ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي رَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ مَتَمَوْلٍ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى مُتْلَفِهِ الْقِيَمَةُ ، وَمَا كَانَ مَتَمَوْلًا ، فَإِنَّ الْمِلْكَ فِيهِ لِلْأَدَمِيِّ ، كَالْحَرَبِيِّ إِذَا أُسْتُرِقَ ، وَالصَّيْدِ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ يَنْتَقِلُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى يُزِيلُ الْمِلْكَ ، لَا يَقْصُدُ بِهِ الْإِنْتِفَاعَ بِالرَّقَبَةِ ، فَأَنْتَقَلَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى كَالْعَتَقِ .

وَقَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ : يَنْتَقِلُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنَّمَا حَكَّمَ الشَّافِعِيُّ فِيهِ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَنْفَعَةِ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَالْمَنَافِعُ ثَبَتَتْ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ .

وَحَكَّى الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ طَرِيقًا ثَلَاثًا : أَنَّ الْمِلْكَ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ قَوْلًا وَاحِدًا . وَحَيْثُ قَالَ الشَّافِعِيُّ : (يَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ مَنَفَعَتَهُ لَا رَقَبَتَهُ) أَرَادَ بِهِ : لَا يَمْلِكُ بَيْعَ رَقَبَتِهِ وَلَا هِبَتَهَا ، وَالصَّحِيحُ الطَّرِيقُ الْأَوَّلُ .

وَأَمَّا مَنَفَعَةُ الْوَقْفِ : فَإِنَّهَا مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ بِلَا خِلَافٍ .

فَإِنْ كَانَ الْمَوْقُوفُ شَجَرَةً . . . مَلَكَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ثَمَرَتَهَا ، وَتَجِبُ فِيهَا الزَّكَاةُ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُهَا .

وَإِنْ كَانَ الْمَوْقُوفُ نِصَابًا مِنْ الْمَاشِيَةِ عَلَى رَجُلٍ تَجِبُ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ ، وَحَالَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمِلْكَ فِيهَا لِلَّهِ تَعَالَى . . . لَمْ تَجِبْ فِيهَا الزَّكَاةُ ، وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهَا فِي مِلْكِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، فَهَلْ تَجِبُ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ مَضَى ذَكَرَهُمَا فِي الزَّكَاةِ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : فَإِذَا قُلْنَا : يَجِبُ عَلَيْهِ . . فَإِنَّهُ لَا يُخْرِجُهَا مِنْهَا ، وَإِنَّمَا يُخْرِجُهَا مِنْ مَالِهِ ، وَمِلْكُ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ صَوْفُهَا وَلَبَنُهَا ؛ لِأَنَّهُ غَلَّتْهَا . وَإِنْ وَلَدَتْ أَوْلَادًا بَعْدَ الْوَقْفِ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ الْوَلَدَ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ نَمَائِهَا ، فَهِيَ كَثْمَرَةُ الشَّجَرَةِ وَكَسْبُ الْعَبْدِ .

وَالثَّانِي : أَنَّ الْوَلَدَ يَكُونُ وَقْفًا ، كَالْأُمِّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ حَكْمٍ ثَبَتَ لِلْأُمِّ ، تَبِعَهَا فِيهِ الْوَلَدُ ، كَأُمِّ الْوَلَدِ .

وَإِنْ وَقَفَ بِهَيْمَةٍ حَامِلًا . . قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ :

فَإِنْ قُلْنَا : لِلْحَمْلِ حَكْمٌ . . كَانَ الْوَلَدُ وَقْفًا .

وَإِنْ قُلْنَا : لَا حُكْمَ لِلْحَمْلِ . . كَانَ كَالْوَلَدِ الْحَادِثِ بَعْدَ الْوَقْفِ ، عَلَى الْوَجْهَيْنِ .

فَرَعٌ : [وطء الجارية الموقوفة] :

وَإِنْ كَانَ الْمَوْقُوفُ جَارِيَةً فَوَطَّئَهَا الْوَاقِفُ ، أَوْ أَجْنَبِيٌّ بِشُبْهَةٍ ، أَوْ أَكْرَهَهَا عَلَى الْوَطْءِ . . وَجَبَ عَلَيْهِ الْمَهْرُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ كَسْبِهَا .

وَلَا يَجُوزُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ ، وَيَمْلِكُهَا فِي الثَّانِي ، إِلَّا أَنَّهُ مِلْكٌ ضَعِيفٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهَا وَلَا هَبَهَا . وَالْوَطْءُ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي مِلْكٍ تَامٍّ ، فَإِنْ خَالَفَ وَوَطَّئَهَا . . لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ وَطَّءَ شُبْهَةً ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَطَّئَهَا غَيْرُهُ وَطْئًا يُوجِبُ الْمَهْرَ . . لَكَانَ الْمَهْرُ الَّذِي يُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقَّ مَهْرَهَا عَلَى نَفْسِهِ .

وَهَلْ يَجُوزُ تَزْوِيجُهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَجُوزُ ، كَمَا يَجُوزُ إِجَارَتُهَا .

وَالثَّانِي : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يُخَافُ عَلَيْهَا أَنْ تَحْبَلَ مِنَ الْوَطْءِ ، وَتَمُوتَ مِنْهُ ، فَيَبْطُلَ حَقُّ الْبَطْنِ الثَّانِي مِنْهَا .

وَإِذَا قُلْنَا : يَجُوزُ تَزْوِيجُهَا . . فَمَنْ يَزَوِّجُهَا ؟

إِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمِلْكَ فِيهَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . . زَوَّجَهَا .
وإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ لِلَّهِ تَعَالَى . . زَوَّجَهَا الْحَاكِمُ بِإِذْنِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَيجبُ لَهُ مَهْرُهَا .
وإِنْ أَتَتْ بَوْلِدٍ . . كَانَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي وَلَدِ الْبَهِيمَةِ .

مَسْأَلَةٌ : [تلف الموقوف] :

وإِنْ أَتَلَفَ أَجَنِبِيُّ الْوَقْفِ ، أَوْ أَتَلَفَهُ الْوَاقِفُ . . وَجَبَ عَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، وَلَمْ يَكُنْ ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ :

[الْأَوَّلُ] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْمِلْكَ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . . وَجِبَتْ لَهُ الْقِيَمَةُ ، يَتَصَرَّفُ فِيهَا بِمَا شَاءَ .

وإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمِلْكَ لِلَّهِ تَعَالَى . . اشْتَرَى بِالْقِيَمَةِ شِقْصاً وَأَوْقَفَهُ وَيَكُونُ وَقْفاً بِالْعَيْنِ الَّتِي أُتْلِفَتْ .

[وَالطَّرِيقُ الثَّانِي] : قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : يَشْتَرِي بِالْقِيَمَةِ مِثْلَ الْعَيْنِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي الصَّبَّاحِ ؛ لِثَلَاثِ يَطْلُ حَقُّ الْبَطْنِ الثَّانِي مِنْهَا .

فَإِنْ كَانَ الْمَوْقُوفُ عَبْدًا ، فَقَتَلَهُ عَبْدٌ عَمْدًا . . قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : فَعَنْدِي ^(١) أَنَّهُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ يَسْتَحِقُّ قِيمَتَهُ ، أَنْ يَثْبِتَ لَهُ الْقِصَاصُ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمِلْكَ لِلَّهِ تَعَالَى . . فَإِنَّ الْقِصَاصَ إِلَى الْإِمَامِ إِنْ رَأَى ذَلِكَ .

وإِنْ قُطِعَتْ يَدُهُ خَطَأً . . وَجِبَتْ فِيهَا نِصْفُ قِيمَتِهِ ، وَفِيهَا وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : تَكُونُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ .

وَالثَّانِي : يُشْتَرَى بِهَا شِقْصٌ مِنْ عَبْدٍ .

وإِنْ قَتَلَهُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ :

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْقِيَمَةَ تَصَرَّفُ إِلَيْهِ . . لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ دَفْعُ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئاً عَلَى نَفْسِهِ ، كَمَا لَوْ قَتَلَ عَبْدٌ نَفْسَهُ .

(١) فِي (م) : (فَهُ) .

وإن قلنا : يشتري بالقيمة مثل العين . . أخذت منه القيمة ، وأشتري بها عبد يكون وقفاً كالأول ، وعلى الموقوف عليه الكفارة بكل حال .

فرع : [وطء الواقف أو الأجنبي بشبهة] :

وإن كان الموقوف جارية ، فوطئها الواقف ، أو أجنبي بشبهة ، فأنت منه بولد . . فإن الولد يكون حرّاً للشبهة ، ويجب عليه قيمته ؛ لأنه أتلّف رقه^(١) باعتقاده .

فإن قلنا : إن الولد لو كان مملوكاً لكان للموقوف عليه . . وجبت القيمة له .

وإن قلنا : إن الولد يكون وقفاً كأُمّه لو كان مملوكاً . . ففي قيمة الولد طريقان ، كما قلنا في قيمة الوقف إذا أتلّفه أجنبي ، أو أتلّفه الواقف .

ولا تصير الجارية أُمّ ولدٍ للواطئ ؛ لأنه وطئها في غير ملكه . وإن وطئها الموقوف عليه وأولد منها ولداً . . فإن الولد يكون حرّاً ، سواء علم تحریم الوطء أو لم يعلم ؛ لأنه يملكها في أحد القولين ، وله فيها شبهة ملك في القول الثاني . فإن قلنا بأحد الوجهين - لو كان الولد مملوكاً كان للموقوف عليه - لم يجب عليه دفع قيمته . وإن قلنا : إن الولد يكون وقفاً كأُمّه . . بني على الطريقين في العين الموقوفة إذا أتلّفها أجنبي ، فإن قلنا : تؤخذ منه القيمة وتسلم إلى الموقوف عليه . . لم يجب على الموقوف عليه شيء . وإن قلنا : يشتري بها مثلها . . أخذت منه قيمة الولد ، وأشتري بها مثله .

وهل تصير أُمّ ولدٍ للموقوف عليه ؟

إن قلنا إن الملك فيها ينتقل إلى الله تعالى . . لم تصير أُمّ ولدٍ له .

وإن قلنا : إن الملك أنتقل إلى الموقوف عليه . . صارت أُمّ ولدٍ له . فإن مات وهي باقية . . عتقت بموته وأخذت قيمتها من تركته ، وكان الحكم فيها كما لو أتلّفها أجنبي على الطريقين : منهم من قال :

(١) في (م) : (رقبه) .

إِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمَلِكَ يَنْتَقِلُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى . . أَشْتَرَى بِالْقِيَمَةِ مِثْلَ الْجَارِيَةِ ، وَتَكُونُ وَقْفًا مَكَانَهَا .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمَلِكَ أُنْتَقَلَ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . . صُرِفَتِ الْقِيَمَةُ هَاهُنَا إِلَى أَهْلِ الْبَطْنِ الثَّانِي بَعْدَهُ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يُشْتَرَى بِهَا مِثْلُ الْجَارِيَةِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ .

فَرُعٌ : [جناية العبد الموقوف] :

وَإِنْ جُنِيَ الْعَبْدُ الْمَوْقُوفُ عَلَى غَيْرِهِ :

فَإِنْ كَانَتْ جِنَايَتُهُ تَوْجِبُ - وَأَخْتَارَ الْمُجْنِيُّ عَلَيْهِ - الْقِصَاصَ فَأَقْتَصَرَ مِنْهُ . . فَلَإِذَا كَلَامٌ ، فَإِنْ كَانَ عَلَى النَّفْسِ فَقَتَلَهُ . . بَطَلَ الْوَقْفُ ، كَمَا لَوْ مَاتَ . وَإِنْ كَانَتْ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ . . بَقِيَ الْوَقْفُ فِيمَا بَقِيَ مِنْهُ .

وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ خَطَأً ، أَوْ عَمْدًا ، فَعُفِيَ عَنْهُ عَلَى مَالٍ . . وَجَبَ الْأَرْضُ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ .

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ مَلِكَ الْوَاقِفِ لَمْ يَزَلْ عَنْهُ . . وَجَبَ عَلَيْهِ أَرْضُ جِنَايَتِهِ .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ مَلِكَ الْوَقْفِ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . . وَجَبَ أَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ حَتَّى لَوْ جُنِيَ جِنَايَاتٌ كَثِيرَةٌ . . وَجَبَ عَلَيْهِ أَرْضُهَا .

قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى ضَعْفِ هَذَا الْقَوْلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ أَرْضُ جِنَايَةِ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ يُجَحِّفُ^(١) بِهِ .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمَلِكَ فِيهِ يَنْتَقِلُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى . . فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ :

أَحَدُهَا - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي إِسْحَاقَ - : أَنَّهَا تَجِبُ عَلَى الْوَاقِفِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْعَ مِنْ بَيْعِهِ بِسَبَبِ لَمْ يَلِغْ بِهِ حَالَةٌ يَتَعَلَّقُ الْأَرْضُ بِذِمَّتِهِ ، فَلَزِمَهُ الْأَرْضُ ، كَأَمُّ الْوَلَدِ .

وَالثَّانِي : تَجِبُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إِجْبَابُ الْأَرْضِ عَلَى الْوَاقِفِ ؛ لِأَنَّ

(١) يُجَحِّفُ ، يُقَالُ : أَجَحَفَ بِهِ : ذَهَبَ بِهِ ، وَاشْتَدَّ فِي الْإِضْرَارِ بِهِ ، وَكَلَّفَهُ مَا لَا يَطِيقُ .

مِلْكُهُ قَدْ زَالَ عَنْهُ . وَلَا عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا بَيْتُ الْمَالِ .

وَالثَّالِثُ : يَجِبُ فِي كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إِجَابَتُهُ عَلَى الْوَاقِفِ ، وَلَا عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَمْلِكَانِهِ ، وَلَا فِي رَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ بَيْعُهَا ، فَوَجِبَ ذَلِكَ فِي كَسْبِهِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ . . كَانَتْ عَلَى الْوَجْهَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ .

مَسْأَلَةٌ : [تعلیق الوقف على شرط مستقبل] :

وَلَا يَصَحُّ تَعْلِيقُ أَصْلِ الْوَقْفِ بِشَرْطِ مُسْتَقْبَلٍ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ . . فَقَدْ وَقَفْتُ دَارِي هَذِهِ عَلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّ هَذَا تَصَرُّفٌ لَمْ يُبْنَ عَلَى التَّغْلِبِ ، فَلَا يَصَحُّ تَعْلِيقُهُ عَلَى شَرْطٍ ، كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ .

وَلَا يَصَحُّ الْوَقْفُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ ، وَلَا بِشَرْطِ أَنْ يَبِيعَهُ مَتَى شَاءَ ، وَلَا بِشَرْطِ أَنْ يُدْخَلَ فِيهِ مَنْ شَاءَ ، أَوْ يُخْرَجَ مِنْهُ مَنْ شَاءَ .

وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ : يَصَحُّ بِشَرْطِ الْخِيَارِ ، وَبَشَرْطِ أَنْ يَبِيعَهُ مَتَى شَاءَ ، فِي إِحْدَى الرَّوَابِيتَيْنِ .

دَلِيلُنَا : أَنَّ هَذَا شَرْطٌ يَنَافِي مَقْتَضَاهُ ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَشَرَطَ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الشُّرُوطِ .

وَأَمَّا صَرَفُ غَلَّةِ الْوَقْفِ : قَالَ الشَّافِعِيُّ : (فَهِيَ عَلَى مَا شَرَطَ الْوَاقِفُ مِنَ الْأَثَرِ ، وَالتَّقْدِمَةِ ، وَالتَّسْوِيَةِ بَيْنَ أَهْلِ الْغِنَى وَالْحَاجَةِ ، وَمِنْ إِخْرَاجِ مَنْ أَخْرَجَ مِنْهَا بِصَفَةٍ ، وَرَدِّهِ إِلَيْهَا بِصَفَةٍ) .

قَالَ أَصْحَابُنَا : (فـ) الْأَثَرُ) : أَنْ يَخْصَّ قَوْمًا دُونَ قَوْمٍ ، مِثْلُ : أَنْ يَقِفَ عَلَى أَوْلَادِهِ ، عَلَى أَنْ يَخْصَّ الذَّكَورَ دُونَ الْإِنَاثِ ، أَوِ الْإِنَاثَ دُونَ الذَّكَورِ .

وَأَمَّا (التَّقْدِمَةُ) : فَإِنَّهُ يَقْدِّمُ قَوْمًا عَلَى قَوْمٍ ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ مِنْ وَجْهَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : أَنْ يَفَاضِلَ بَيْنَهُمْ ، مِثْلُ : أَنْ يَقُولَ وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ، أَوْ عَلَى أَنَّ لِلْأُنثَى الثَّلَاثِينَ وَلِلذَّكَرِ الثَّلَاثَ .

وَالثَّانِي : أَنْ يَقُولَ : عَلَى أَنَّ الْبَطْنَ الْأَعْلَى يَقْدِّمُ عَلَى الْبَطْنِ الثَّانِي .

وَأَمَّا (التَّسْوِيَةُ) : فَمَثَلُ أَنْ يَقُولَ : عَلَى أَنْ يُسَوَّى بَيْنَ الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ مِنْهُمْ ، أَوْ بَيْنَ الذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ . وَالْإِطْلَاقُ يَقْتَضِي ذَلِكَ وَشَرْطَ تَأْكِيدٍ .

وَأَمَّا (إِخْرَاجُ مَنْ أَخْرَجَ بِصَفَةٍ) : فَمَثَلُ أَنْ يَقُولَ : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي عَلَى أَنْ مَنْ تَزَوَّجَ مِنْ بَنَاتِي . . فَلَاحِقٌ لَهَا فِيهِ . وَعَلَى أَنْ مَنْ اسْتَغْنَى مِنْ أَوْلَادِي . . فَلَاحِقٌ لَهُ فِيهِ .

وَأَمَّا (رُدُّهُ إِلَيْهَا بِصَفَةٍ) : فَمَثَلُ أَنْ يَقُولَ : عَلَى أَنْ مَنْ تَزَوَّجَ مِنْ بَنَاتِي . . فَلَاحِقٌ لَهَا فِيهِ ، فَإِنْ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا . . عَادَتْ إِلَى الْوَقْفِ .

فَكُلُّ هَذَا وَمَا أَشْبَهَهُ جَائِزٌ ، وَيُحْمَلُ عَلَى مَا شَرَطَهُ الْوَاقِفُ .

فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا وَقْفٌ مَعْلَقٌ عَلَى شَرْطٍ ، وَالْوَقْفُ الْمَعْلَقُ عَلَى شَرْطٍ لَا يَصِحُّ ؟

فَالْجَوَابُ : أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِوَقْفٍ مَعْلَقٍ عَلَى شَرْطٍ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ الْمَعْلَقَ عَلَى الشَّرْطِ هُوَ : أَنْ يَعْلَقَ أَصْلَ الْوَقْفِ عَلَى الشَّرْطِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ . . فَقَدْ وَقَفْتُ دَارِي . وَأَمَّا هَذَا : فَهُوَ وَقْفٌ مَنْجُزٌ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا الْاسْتِحْقَاقُ مَعْلَقٌ بِشَرْطٍ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْوَكَالَةِ لَوْ قَالَ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ . . فَقَدْ وَكَّلْتُكَ ، فَلَا يَصِحُّ . وَلَوْ قَالَ : وَكَّلْتُكَ وَلَا تَتَصَرَّفْ إِلَّا أَوَّلَ الشَّهْرِ . . صَحَّ .

فَرَعٌ : [وقف شيئاً على جماعة فقراء] :

إِذَا وَقَفَ شَيْئاً عَلَى فَقَرَاءِ بَنِي فَلَانٍ : فَمَنْ جَاءَ مِنْهُمْ وَأَدْعَى أَنَّهُ فَقِيرٌ . . أُعْطِيَ ، وَلَمْ يَكْلَفْ إِقَامَةَ الْبَيْتَةِ عَلَى فَقْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي النَّاسِ الْفَقْرُ .

وَلَوْ قَالَ عَلَى الْأَغْنِيَاءِ مِنْهُمْ : فَمَنْ أَدْعَى الْغِنَى مِنْهُمْ لِيَأْخُذَ . . كُلفَ إِقَامَةُ الْبَيْتَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْغِنَى .

فَرَعٌ : [وقف على رجل دابة للركوب دون نتائجها] :

قَالَ الْمَسْعُودِيُّ [في « الإبانة » ق/ ٣٥٢] : إِذَا وَقَفَ دَابَّةً عَلَى رَجُلٍ لِلرَّكُوبِ ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ دَرَّهَا وَوَبَرَّهَا . . فَلِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ الرِّكُوبُ ، وَلَيْسَ لَهُ الدَّرُّ وَالْوَبَرُّ ، وَكَانَ الْحَكْمُ فِي الدَّرِّ وَالْوَبَرِ حَكْمَ مَنْ وَقَفَ شَيْئاً عَلَى زَيْدٍ ، وَسَكَتَ عَمَّنْ يُصَرَّفُ إِلَيْهِ بَعْدَهُ .

فرع : [الوقف في سبيل الله للغزاة] :

وإن وقف شيئاً في سبيل الله . . . كَانَ ذَلِكَ وَقفاً عَلَى الغزاةِ عِنْدَ نَشَاطِهِمْ دُونَ الْمُرتَبِينَ فِي ديوانِ الإمام^(١) .

وقال أحمد : (الحج من سبيل الله) وتعلق بحديث أم معقل .

دليلنا : أنَّ مطلقَ كلامِ الآدميِّ محمولٌ عَلَى المعهودِ فِي الشرعِ ، وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ سَهْمَ سبيلِ الله فِي الصدقاتِ مصروفٌ إِلَيْهِمْ ، فَكَذَلِكَ الوقفُ المطلقُ .

وَأَمَّا الخبرُ : فيحتملُ أَنَّ فِي كلامِ الواقفِ ما دلَّ أَنَّهُ أرادَ سبيلَ الثوابِ .

وإن وقف شيئاً في سبيلِ الثوابِ . . . صُرفَ ذَلِكَ إِلَى أَهْلِهِ وَقَرَابَتِهِ ؛ لِأَنَّهُمْ أَعْظَمُ جِهَاتِ الثوابِ ، وَلِهَذَا قَالَ ﷺ : « صَدَقْتُكَ عَلَى غَيْرِ ذِي رَحِمِكَ صَدَقَةٌ . وَصَدَقْتُكَ عَلَى ذِي رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ » .

وإن وقف شيئاً عَلَى سبيلِ الخيرِ . . . صُرفَ ذَلِكَ إِلَى مَنْ يَسْتَحِقُّ الزكاةَ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهَا ، وَهُمُ الْفُقَرَاءُ ، وَالْمَساكِينُ ، وَفِي الرقابِ ، وَالْغَارِمُونَ - لِمَصْلَحَتِهِمْ - وَأَبْنُ السَّبِيلِ .

فرع : [الوقف عَلَى وجوه البر] :

وإن وقف شيئاً عَلَى وجوهِ البرِّ . . . صُرفَ ذَلِكَ إِلَى مَنْ اخْتَارَهُ النَّاظِرُ مِنَ الْفُقَرَاءِ وَالْمَساكِينِ وَالْمَساجِدِ وَالْقَنَاطِرِ وَسائِرِ مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ .

وقال بعضُ أَهْلِ الْعِلْمِ : يَصْرَفُ إِلَى مَنْ يَسْتَحِقُّ الزكاةَ سِوَى الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا . وَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَعْمُ جَمِيعَ مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ .

فرع : [الوقف عَلَى العلماء] :

قال الصيمري : وإن قال : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى الْعُلَمَاءِ . . . صُرفَ ذَلِكَ إِلَى كُلِّ عَالِمٍ بِأَصُولِ الشريعةِ وفُرُوعِهَا ، وَلَا يُصْرَفُ إِلَّا إِلَى مَنْ يَكْمُلُ لَهُمَا .

(١) أي : الذين لهم جراية وراتب شهري .

وإن قال : وَقَفْتُ عَلَى الفقهاء .. صُرِفَ إِلَى أَهْلِ الْفُرُوعِ .
وإن قال : عَلَى الشَّحَاةِ .. لَمْ يُصْرَفْ إِلَى أَهْلِ اللَّغَةِ .

فرعٌ : [وقف ضبعة لحقوق وتبعات] :

قال أبو العباس : وَإِنْ وَقَفَ ضِيعَةً ، وَقَالَ : يَكُونُ الْإِنْتِفَاعُ^(١) مُنْصَرَفًا إِلَى عِمَارَتِهَا وَحَقِّ السُّلْطَانِ ، وَمَا فَضَّلَ بَعْدَ ذَلِكَ فِي تَبْعَاتِي فِي الزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَاتِ .. صَحَّ الْوَقْفُ ، وَصُرِفَتِ الْغَلَّةُ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ أَخْرَجَ زَكَاتَهُ وَكَفَّارَتَهُ ، وَإِنَّمَا خَافَ النِّقْصَ ، فَيَكُونُ هَذَا تَطَوُّعًا مِنْهُ .

مسألةٌ : [الوقف على الأولاد يدخل الجميع] :

وإن وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ .. دَخَلَ فِيهِ أَوْلَادُهُ مِنْ صُلْبِهِ ، الذَّكَوْرُ وَالْإِنَاثُ وَالْخُنَاثَى ؛ لِأَنَّ الْجَمِيعَ وَلَدُهُ ، وَلَا يَدْخُلُ أَوْلَادُ الْبَنِينَ ، وَلَا أَوْلَادُ الْبَنَاتِ ؛ لِأَنَّ وَلَدَهُ حَقِيقَةٌ هُوَ وَلَدُهُ مِنْ صُلْبِهِ .

وإن كَانَ لَهُ حَمْلٌ .. اسْتَحَقَّ مِنَ الْغَلَّةِ الْحَادِثَةِ بَعْدَ أَنْفِصَالِهِ ، دُونَ الْحَادِثَةِ قَبْلَ أَنْفِصَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى وَلَدًا إِلَّا بَعْدَ الْإِنْفِصَالِ .

وإن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَنَفَاهُ بِاللُّعَانِ .. لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ .

وقال أبو إسحاق : يَدْخُلُ فِيهِ . وَهَذَا خَطَأٌ ؛ لِأَنَّهُ بِالنَّفْيِ خَرَجَ عَنْ أَنْ يَكُونَ وَلَدُهُ .

فرعٌ : [الوقف على أولاد أولاده] :

وإن وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ .. دَخَلَ فِيهِ أَوْلَادُ الْبَنِينَ ، وَأَوْلَادُ الْبَنَاتِ الذَّكَوْرُ وَالْإِنَاثُ وَالْخُنَاثَى .

(١) الانتفاع : الربيع ، وما ينتج منها .

وروي : أَنَّ رجلاً هاشمياً بـ البصرة وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، وَكَانَ لَهُ ابْنُ بِنْتٍ ، يُقَالُ لَهُ : ابْنُ عَائِشَةَ مِنْ أَصْحَابِ الْحَدِيثِ ، وَكَانَ يَأْخُذُ مِنَ الْوَقْفِ ، فَلَمَّا وَلِيَ عَيْسَى بْنُ أَبَانَ الْقَضَاءَ بـ البصرة أَسْقَطَهُ مِنَ الْوَقْفِ .

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَا فَعَلَهُ عَيْسَى بْنُ أَبَانَ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : تَحَامَلَ عَلَيْهِ ؛ لَكُونَهُ مِنْ أَصْحَابِ الْحَدِيثِ . فَبَلَغَ ذَلِكَ أَبَا حَازِمٍ - وَكَانَ قَاضِياً بـ بَغْدَادَ - فَقَالَ : مَا تَحَامَلَ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا هُوَ مَذْهَبُ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : لَوْ قَالَ الْإِمَامُ لِمَشْرِكٍ : أَمْتُنْكَ وَأَوْلَادُكَ وَأَوْلَادُ أَوْلَادِكَ . . لَمْ يَدْخُلْ أَوْلَادُ الْبَنَاتِ فِي الْأَمَانِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ فِي إِطْلَاقِ أَسْمِ أَوْلَادِ الْأَوْلَادِ . وَلِهَذَا قَالَ الشَّاعِرُ :

بُنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا ، وَبَنَاتُنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْآبَاعِدِ^(١)

دَلِيلُنَا : أَنَّهُ لَوْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي لَدَخَلَ فِيهِ الذَّكَورُ وَالْإِنَاثُ مِنْ وَلَدِ صُلْبِهِ . فَإِذَا قَالَ : عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي . . دَخَلَ فِيهِ أَوْلَادُ بَنَاتِهِ .

وَأَمَّا الْبَيْتُ : فَإِنَّمَا أَرَادَ أَنَّ أَوْلَادَ أَوْلَادِهِ الَّذِينَ يَنْسَبُونَ إِلَيْهِ ، هُمْ أَوْلَادُ بَنِيهِ ، دُونَ أَوْلَادِ بَنَاتِهِ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي الَّذِينَ يَنْسَبُونَ إِلَيَّ . . دَخَلَ فِيهِ أَوْلَادُ أَبْنَائِهِ دُونَ أَوْلَادِ بَنَاتِهِ ؛ لِأَنَّ أَوْلَادَ بَنَاتِهِ لَا يُنْسَبُونَ إِلَيْهِ .

وَإِنْ قَالَ هَاشِمِيٌّ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي الْهَاشِمِيِّينَ . . دَخَلَ فِيهِ أَوْلَادُ الذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ ، وَأَوْلَادُ أَبْنَائِهِ ؛ لِأَنَّهُمْ هَاشِمِيُّونَ .

وَأَمَّا أَوْلَادُ بَنَاتِهِ : فَمَنْ تَزَوَّجَتْ مِنْهُنَّ بِهَاشِمِيٍّ فَأَوْلَدَ مِنْهَا . . دَخَلَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ هَاشِمِيٌّ . وَمَنْ تَزَوَّجَتْ بِعَامِيٍّ فَأَوْلَدَ مِنْهَا . . لَمْ يَدْخُلْ فِي الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّهُ عَامِيٌّ ، وَلَيْسَ بِهَاشِمِيٍّ .

(١) البيت مشهور من بحر الطويل .

فرعٌ : [الوقف على النسل] :

وإنَّ وَقَفَ عَلَى عَقْبِهِ ، أَوْ نَسْلِهِ ، أَوْ ذُرِّيَّتِهِ . دَخَلَ فِيهِ أَوْلَادُ صُلْبِهِ الذَّكَوْرُ وَالْإِنَاثُ وَالْخُنَاثَى . وَيَدْخُلُ فِيهِ أَوْلَادُ أَبْنَائِهِ ، وَأَوْلَادُ بَنَاتِهِ مَنْ قَرَّبَ مِنْهُمْ ، وَمَنْ بَعُدَ ؛ لِأَنَّ الْجَمِيعَ عَقْبُهُ وَنَسْلُهُ وَذُرِّيَّتُهُ ، وَلِهَذَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ ﴾ الْآيَةُ [الأنعام : ٨٤] فَنَسَبَ الْجَمِيعَ إِلَى إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلَى الْبُعْدِ مِنْهُ ، وَنَسَبَ عِيسَى إِلَيْهِ ، وَهُوَ مِنْ أَوْلَادِ الْبَنَاتِ .

وإنَّ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى عَشِيرَتِي . فَإِنْ كَانَ لَهُ عَشِيرَةٌ يُحْصِي عَدْدَهُمْ - وَهِيَ : قَبِيلَةُ الرَّجُلِ الَّتِي يَنْسَبُ إِلَيْهَا - صَحَّ الْوَقْفُ وَصُرِفَ ذَلِكَ إِلَى جَمِيعِهِمْ . وَإِنْ كَانَ عَدْدُهُمْ لَا يُحْصَى - كَبَنِي تَمِيمٍ وَطَيْءٍ - فَفِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَصَحُّ الْوَقْفُ ؛ لِأَنَّهُ عَيَّنَ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِمْ ، وَلَا يُمْكِنُ تَعْمِيمُهُمْ بِالْإِنْتِفَاعِ بِهِ ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى قَوْمٍ .

وَالثَّانِي : يَصَحُّ ، وَيُعْطَى ثَلَاثَةٌ مِمَّنْ يَخْتَارُهُ النَّازِرُ مِنْهُمْ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ صَحَّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ عَدْدُهُمْ مُحْصُورًا . . صَحَّ ، وَإِنْ كَانَ عَدْدُهُمْ غَيْرَ مُحْصُورٍ ، كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ .

وإنَّ وَقَفَ عَلَى عِزَّتِهِ^(١) . . فَقَدْ قَالَ أَبُو الْأَعْرَابِيِّ وَتَعَلَّبُ : هُمْ ذُرِّيَّتُهُ . وَقَالَ أَبُو قَتَيْبَةَ : هُمْ عَشِيرَتُهُ .

فرعٌ : [الوقف على جنس من الأولاد] :

وإنَّ وَقَفَ عَلَى الْبَنِينَ مِنْ أَوْلَادِهِ . . لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الْإِنَاثُ وَلَا الْخُنَاثَى . وَإِنْ وَقَفَ عَلَى الْإِنَاثِ مِنْ أَوْلَادِهِ . . لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الذَّكَوْرُ وَلَا الْخُنَاثَى . وَإِنْ وَقَفَ عَلَى الْبَنِينَ وَالْبَنَاتِ مِنْ أَوْلَادِهِ . . فَهَلْ يَدْخُلُ مَعَهُمُ الْخُنَاثَى الْمَشْكِلُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، حَكَاهُمَا الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ :

(١) العترة : نسل الرجل ورهطه وعشيرته الأذنون .

أحدهما : لا يدخل ؛ لأنه ليس من البنين ولا من البنات .

والثاني : يدخل فيه ؛ لأنه لا يخلو أن يكون من أحدهما ، وهذا أصح .

وإن وقف على بني زيد . . لم يدخل فيه بناته . وإن وقف على بني تميم وقلنا : يصح الوقف عليهم . . فهل يدخل الإناث منهم ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يدخلن ؛ لأنَّ أَسْمَ البنين إنما ينصرف إلى الذكور . فعلى هذا : لا يدخل معهم الخنثى .

والثاني : يدخلن ؛ لأنه إذا أطلق أَسْمَ القبيلة . . دخل فيه الذكور والإناث . فعلى هذا : يدخل معهم الخنثى .

مسألة : [الوقف على أولاده وأولاد أولاده مرتباً ومشاركاً] :

وإذا وقف وقفاً على أولاده وأولاد أولاده : فلا يخلو : إمَّا أن يكون الوقف مشتركاً ، أو مرتباً :

فإن كان مشتركاً ، وذلك بأن يقول : وقفتُ هذا على أولادي وأولاد أولادي ما تناسلوا وتعاقبوا ، فإن أنقرضوا كان على الجامع ، أو على الفقراء والمساكين . . فإن الوقف على أولاده وأولاد أولاده يكون مشتركاً بين أهل البطن الأول ومن يحدث بعده ، فيشارك من يحدث من كان موجوداً في الغلة الحادثة بعد حدوث الولد ؛ لأنَّ الواو تقتضي الجمع والتشريك^(١) ، فإن قال : يستوي الأعلى والأدنى . . كان ذلك تأكيداً ، فإذا أنقرضت ذريته . . نقل إلى من بعدهم .

(١) فائدة الواو العاطفة : تكون للجمع بين المعطوف والمعطوف عليه في الحكم والإعراب جمعاً مطلقاً ، فلا تفيد ترتيباً ولا تعقيباً ، فإذا قلت : جاء هشام ومحمد فالمعنى أنهما اشتركا في حكم المعجىء سواء أكان هشام قد جاء قبل محمد أم بالعكس أم جاء معاً ، وسواء أكان هناك مهلة بين مجيئهما أم لم يكن . بدليل قوله تعالى : ﴿ فَكَيْفَ كَانَ عَذَابِي وَنُذْرِي ﴾ [القمر : ١٨] والندارة قبل العذاب ، وقوله تعالى : ﴿ إِذْ قَالَ اللَّهُ لِيَعِيسَى إِنِّي مُتَوَفِّيكَ وَرَافِعُكَ إِلَيَّ ﴾ [آل عمران : ٥٥] فإن وفاته عليه السلام لا تقع إلا بعد الرفع ، وبينهما زمن .

وإن كان الوقف مرتباً ، وذلك من وجهين :

أحدهما : أن يقول : وقفتُ هذا على أولادي ، وأولاد أولادي ما تناسلوا وتعاقبوا الأول فالأول ، أو الأدنى فالأدنى ، أو الأقرب فالأقرب ، أو الأعلى فالأعلى ، فإذا أنقرضوا فعلى الفقراء ، والمساكين . . استحق أهل البطن الأعلى الوقف ، فإذا أنقرض أهل البطن الأعلى . . صُرف إلى أهل البطن الثاني . وعلى هذا : لا يستحق أهل بطن وهناك أحد من أهل البطن الذي فوقه ، فإذا أنقرضوا . . صُرف إلى الفقراء والمساكين . والثاني : أن يقول : وقفتُ هذا على أولادي ، فإذا أنقرضوا فعلى أولادهم ^(١) ، فإذا أنقرضوا فعلى أولادهم ، وعلى هذا أبداً .

أو يقول : وقفتُ هذا على أولادي ^(٢) ، ثم على أولادهم ، ثم على أولادهم ، وعلى هذا أبداً ، فإذا أنقرضوا فعلى الفقراء والمساكين . . صحَّ وكان مرتباً . ولكن لا بد أن يقول هاهنا : وعلى هذا أبداً ؛ لأنه ربما يحدث بطن آخر لم يذكره في قوله : فإذا أنقرضوا فعلى أولادهم ، أو في قوله : ثم على أولادهم . فإذا قال : وعلى هذا أبداً . . استغرق جميع من يحدث ، بخلاف القسم الأول ، حيث قال : ما تناسلوا وتعاقبوا ، فإن ذلك يُغني عن قوله : وعلى هذا أبداً .

فإن قال : وقفتُ هذا على ولدي ، وولد ولدي ، ثم على ولد ولدي . . فإن ولده وولد ولده يشتركان في الوقف ، فإذا أنقرضا . . كان للبطن الثالث .

وإن قال : وقفتُ هذا على ولدي ، ثم على ولد ولدي وولد ولدي . . فإن البطن الأول ينفرّد بالوقف ، فإذا أنقرضوا ^(٣) . . اشترك البطن الثاني والثالث في الوقف ؛ لأنه رتب الأول وشرك بين الثاني والثالث .

فإن قال : وقفتُ هذا على أولادي ، ثم على أولادهم ، ثم على عقبهم ونسلهم ، ثم على الفقراء والمساكين :

(١) في (م) : (أولاد أولادهم) في الموضعين .

(٢) في هامش (م) : (ولدي) .

(٣) في (م) : (انقرض) .

قَالَ الشافعيُّ في « البويطي » : (فَإِنَّ الْوَقْفَ يَكُونُ لِلْبَطْنِ الْأَوَّلِ - وَهُمْ : أَوْلَادُهُ مَا عَاشُوا - فَإِذَا أَنْقَرَضُوا . . كَانَ لِأَهْلِ الْبَطْنِ الثَّانِي لَا يُشَارِكُهُمْ فِيهِ أَهْلُ الْبَطْنِ الثَّالِثِ ، وَلَا مَنْ بَعْدَهُمْ . فَإِذَا أَنْقَرَضَ أَهْلُ الْبَطْنِ الثَّانِي . . كَانَ لِلْبَطْنِ الثَّالِثِ وَالرَّابِعِ وَمَنْ حَدَثَ مِنْ بَعْدِهِمْ ، يَشْتَرِكُونَ فِيهِ . فَإِذَا أَنْقَرَضَ نَسْلُهُ . . كَانَ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّهُ رَتَّبَ الْوَقْفَ فِي الْبَطْنِ الْأَوَّلِ . وَفِي الثَّانِي : يَشْتَرِكُ^(١) فَيَمْنُ بَعْدَهُمْ مِنْ نَسْلِهِ) .

فِرْعُ : [وقف كيلاً ما على أولاد بناته والباقي للذكور] :

فَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ نَخْلِي هَذِهِ عَلَى أَوْلَادِي ، عَلَى أَنَّ لِبَنَاتِي مِنْهُ مَكِيلَةً كَذَا ، وَيَكُونُ الْبَاقِي لِلذَّكَورِ . . صَحَّ ، وَكَانَ لِلْبَنَاتِ مَا شَرَطَهُ . فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ . . اسْتَحَقَّهُ الذَّكَورُ ، وَإِنْ لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ . . فَلَا شَيْءَ لَهُمْ .

وَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى أَوْلَادِي ، فَإِذَا أَنْقَرَضُوا ، فَعَلَى أَوْلَادِهِمْ أَبَدًا مَا تَنَاسَلُوا ، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ وَكَانَ لَهُ وَلَدٌ ، كَانَ نَصِيبُهُ لَوَلَدِهِ ، وَمَنْ مَاتَ وَلَا وَلَدَ لَهُ ، كَانَ نَصِيبُهُ لِأَهْلِ الْوَقْفِ ، فَإِنْ كَانَ لِلْوَقْفِ ثَلَاثَةُ أَوْلَادٍ . . كَانَ الْوَقْفُ أَثْلَاثًا بَيْنَهُمْ ، فَإِنْ مَاتَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ وَلَهُ وَلَدٌ . . كَانَ نَصِيبُ أَبِيهِ لَهُ ، فَإِنْ مَاتَ الثَّانِي بَعْدَهُ وَلَا وَلَدَ لَهُ . . رَجَعَ نَصِيبُهُ إِلَى أَخِيهِ وَأَبْنِ أَخِيهِ .

فِرْعُ : [الوقف على أولاده ثم للفقراء بعدهم] :

فَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى أَوْلَادِي ، فَإِذَا أَنْقَرَضُوا أَوْ أَنْقَرَضَ أَوْلَادُهُمْ فَعَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ أَوْلَادَ الْأَوْلَادِ يَسْتَحِقُّونَ الْوَقْفَ بَعْدَ أَنْقَرَاضِ الْأَوْلَادِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمَّا أَعْتَبِرَ أَنْقَرَاظُهُمْ لاسْتِحْقَاقِ الْفُقَرَاءِ . . دَلَّ عَلَى اسْتِحْقَاقِهِمْ مِنَ الْوَقْفِ .

وَالثَّانِي - وَهُوَ الصَّحِيحُ - : أَنَّهُمْ لَا يَسْتَحِقُّونَ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ لَهُمْ مِنَ الْوَقْفِ شَيْئًا ، وَإِنَّمَا شَرَطَ أَنْقَرَاظَهُمْ لاسْتِحْقَاقِ غَيْرِهِمْ .

(١) فِي (م) : (وَشَرَكَ) .

فعلى هذا : يكونُ الوقفُ منقطعَ الوَسَطِ ، فيكونُ على قولين ، كالوقفِ المنقطعِ
الانتهاء :

أحدهما : أَنَّهُ باطلٌ .

والثاني : أَنَّهُ صحيحٌ ، فيكونُ لأولادِ الواقفِ . فإذا أنقَضُوا وهناك أولادُ أولادِهِ .
ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أَنَّهُ يصرفُ إلى الواقفِ إِنْ كَانَ حَيًّا ، أو إلى وارثِهِ إِنْ كَانَ مَيِّتًا ، إلى أَنْ
ينقرضَ وَلَدُ الولدِ ، ثُمَّ يُصَرَفُ إلى الفقراءِ والمساكينِ .

والثاني : أَنَّ الوقفَ يُصرفُ إلى الفقراءِ والمساكينِ في الحالِ .

والثالثُ : أَنَّهُ يكونُ لأقرباءِ الواقفِ إلى أَنْ يَنقرضَ وَلَدُ الولدِ . وقد مضى دليلُها .

مسألة : [الوقف على الأقرباء يكون من طرفي الأبوين] :

وإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى قَرَابَاتِي ، أو عَلَى أَقْرَبَائِي ، أو عَلَى ذَوِي رَحْمِي ، أو
عَلَى أَرْحَامِي ، أو كَانَ ذَلِكَ فِي الوَصِيَّةِ . . صُرِفَ ذَلِكَ إِلَى مَنْ يُعْرِفُ بِقَرَابَتِهِ مَنْ قَبِلَ
الآبَاءَ وَالْأُمَّهَاتِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ جَدٌّ يُعْرِفُ بِهِ عِنْدَ عَامَّةِ النَّاسِ . . صُرِفَ إِلَى مَنْ يُنسَبُ إِلَى
ذَلِكَ الْجَدِّ دُونَ مَنْ يُنسَبُ إِلَى أَبِي ذَلِكَ الْجَدِّ ، ولا إِلَى مَنْ يُنسَبُ إِلَى أَخِي ذَلِكَ الْجَدِّ ،
كَالشَّافِعِيِّ إِذَا وَقَفَ عَلَى قَرَابَتِهِ ، فَإِنَّهُ يُصَرَفُ إِلَى مَنْ يُنسَبُ إِلَى شَافِعِ بْنِ السَّائِبِ ، ولا
يُصَرَفُ إِلَى مَنْ يُنسَبُ إِلَى عَلِيِّ وَعَبَّاسِ ابْنَيْ السَّائِبِ ، ولا إِلَى مَنْ يُنسَبُ إِلَى السَّائِبِ بْنِ
عُبَيْدٍ .

ويدخلُ فِيهِ بناتُ الواقفِ ، وأولادُ بناتِهِ . ويدخلُ فِيهِ أُمَّهَاتُ الواقفِ ، وآبَاءُ
أُمَّهَاتِهِ ، وَأَخَوَاتُهُ ، وَخَالَاتُهُ .

وقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : (يَدْخُلُ فِيهِ كُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ بِالنَّسَبِ ، مِثْلُ : الْآبَاءِ
وَالْأُمَّهَاتِ ، وَالْبَنِينَ وَالْبَنَاتِ ، وَأَوْلَادُهُمْ ، وَالْإِخْوَةَ وَالْأَخَوَاتِ ، وَالْأَعْمَامَ وَالْعَمَّاتِ
دُونَ بَنِيهِمْ) .

وقَالَ مَالِكٌ : (يَدْخُلُ فِيهِ مَنْ يَرْتُ الْوَاقِفَ لَا غَيْرَ) .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال : ٤١] .

وقوله تعالى : ﴿مَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ﴾ [الحشر : ٧] ولنا منها ثلاثة أدلة :

أحدها : (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطِيَ مِنْ سَهْمِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ بَنِي أَجْدَادِهِ - وَهُمْ : بَنُو هَاشِمٍ - وَبَنِي أَعْمَامِهِ - وَهُمْ : بَنُو الْمُطَّلِبِ -)^(١) .

والثاني : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : لَمَّا أَعْطِيَ بَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ سَهْمَ ذَوِي الْقُرْبَىٰ . . أَنَاهُ عِثْمَانُ بْنُ عَفَّانٍ - وَهُوَ : مِنْ وَلَدِ عَبْدِ شَمْسٍ بْنِ عَبْدِ مَنَافٍ - ، وَجَبْرِ بْنُ مُطْعِمٍ - وَهُوَ : مِنْ وَلَدِ نَوْفَلِ بْنِ عَبْدِ مَنَافٍ - وَقَالَا : أَنَا بَنُو هَاشِمٍ فَلَا يُنْكَرُ فَضْلُهُمْ ؛ لِمَكَانِكَ الَّذِي وَضَعَكَ اللَّهُ فِيهِمْ ، فَمَا بَالُ بَنِي الْمُطَّلِبِ أَعْطِيَتْهُمْ وَحَرَمَتْنَا ، وَقَرَابَتُنَا وَقَرَابَتُهُمْ وَاحِدَةٌ ؟! فَقَالَ ﷺ : « إِنَّمَا بَنُو هَاشِمٍ ، وَبَنُو الْمُطَّلِبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ - وَشَبَكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ - إِنَّهُمْ مَا فَارَقُونَا فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلَا إِسْلَامٍ »^(٢) . فَأَقْرَعَهُمَا النَّبِيُّ ﷺ عَلَىٰ دَعْوَاهُمَا الْقَرَابَةَ ، وَلَكِنَّهُ أَخْبَرَ أَنَّ ذَلِكَ السَّهْمَ لَا يُسْتَحَقُّ بِالْقَرَابَةِ مُنْفَرَدَةً ، وَإِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِالْقَرَابَةِ وَالتَّضَرُّعِ .

والثالث : (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُعْطِي مِنْ ذَلِكَ السَّهْمِ مَنْ كَانَ يَرْتُهُ ، وَمَنْ لَا يَرْتُهُ ، فَإِنَّهُ أَعْطِيَ مِنْهُ الْعَمَّاتِ)^(٣) .

وروي عَنِ الزَّبِيرِ : أَنَّهُ قَالَ : (كُنْتُ أَضْرِبُ فِي الْغَنَائِمِ بِأَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ : سَهْمٍ لِي ، وَسَهْمَيْنِ لِفَرَسِي ، وَسَهْمٍ لَأُمِّي) ، وَأُمُّهُ كَانَتْ : صَفِيَّةَ بِنْتَ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ عَمَّةَ النَّبِيِّ ﷺ^(٤) .

(١) سلف نحوه ، وسيليه أيضاً .

(٢) أخرجه بنحوه عن جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ الشَّافِعِيِّ فِي « تَرْتِيبِ الْمَسْنَدِ » (٤١١ / ٢) ، وَابْنُ خَالٍ (٤٢٢٩) فِي الْمَغَازِي ، وَأَبُو دَاوُدَ (٢٩٨٠) وَابْنُ خَالٍ (٢٩٨١) فِي الْخَرَاجِ ، وَابْنُ خَالٍ (٤١٣٦) فِي قِسْمِ الْفِيءِ ، وَابْنُ مَاجَةَ (٢٨٨١) فِي الْجِهَادِ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ فِي الْأَمْوَالِ (٨٤٣) وَابْنُ خَالٍ (٨٤٤) وَابْنُ خَالٍ (٨٤٦) فِي سَهْمِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ مِنَ الْخُمْسِ .

(٣) يدل عليه الحديث الآتي .

(٤) أخرج خبر الزبير عن يحيى بن عباد الشافعي في « ترتيب المسند » (٤١٠ / ٢) في الجهاد =

وروي : أَنَّهُ لَمَّا نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ﴾ [الشعراء : ٢١٤] جَمَعَ النَّبِيُّ ﷺ عَشِيرَتَهُ وَقَالَ : « يَا بَنِي هَاشِمٍ ، يَا بَنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ، يَا بَنِي عَبْدِ مَنَافٍ ، يَا عَبَّاسَ ، يَا فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ ، إِنِّي لَا أُغْنِي عَنْكُمْ مِنْ اللَّهِ شَيْئاً » فَعِنْدَهَا قَالَ أَبُو لَهَبٍ : أَلْهَذَا جَمَعْتَنَا ! ؟ تَبَّأَ لَكَ ، فَنَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿تَبَّتْ يُدَا أَيْ لَهَبٍ وَتَبَّ﴾ ^(١) [المسد : ١] .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّهُ يُصَرَّفُ إِلَى غِنَى قَرَابَتِهِ وَفَقِيرِهِمْ ، وَذَكَرِهِمْ وَأَنْشَاهُمْ ، وَيُسَوَّى بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ، كَمَا لَوْ وَهَبَ لِرَجُلٍ وَأَمْرَأَةٍ شَيْئاً .

فَإِنْ حَدَّثَ لَهُ قَرِيبٌ بَعْدَ الْوَقْفِ . . دَخَلَ فِي الْوَقْفِ . وَقَالَ فِي « الْبُيُوطِيِّ » : (لَا يَدْخُلُ فِي الْوَقْفِ) وَهَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ أَسْمَ الْقَرَابَةِ يَتَنَاوَلُهُ ، فَدَخَلَ فِيهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى أَوْلَادِي . . فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ مَنْ يَحْدُثُ مِنْ أَوْلَادِهِ بَعْدَ الْوَقْفِ . هَذَا نَقَلَ أَصْحَابُنَا الْبَغْدَادِيِّينَ .

وَقَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق/٤٠٩ - ٤١٠] : إِذَا أَوْصَى لِلْقَرَابَةِ ، فَهَلْ تَقَدَّمَ قَرَابَةُ الْأَبِ عَلَى قَرَابَةِ الْأُمِّ ؟ يَنْظُرُ فِيهِ :

= و « الْأُمُّ » (٦٧/٤) كَيْفَ تَفْرُقُ الْقِسْمَ ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي « الْمَصْنَفِ » (٦٦٢/٧) فِي الْجِهَادِ ، بَابُ : الْفَارِسُ كَمْ يَقْسِمُ لَهُ ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي « السِّنَنِ الْكَبِيرِ » (٥٢/٩) فِي السَّيْرِ ، بَابُ : سَهْمَانُ لِلْخَيْلِ ، وَقَالَ : يُحْيَى بْنُ عِبَادٍ فِيهِ مَرْسَلٌ ، وَقَدْ وَصَلَهُ سَعِيدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَمَحَاضِرُ بْنُ مَرْوَانَ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ يُحْيَى بْنِ عِبَادٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ .
(١) أَخْرَجَهُ عَنِ الصَّدِيقَةِ بِنْتِ الصَّدِيقِ - بِالْفَاظِ مُتَّفَاوِتَةٍ فِي ذِكْرِ الْمُنَاسِبَةِ وَمَخْتَصِراً - مُسْلِمٌ (٢٠٥) فِي الْإِيمَانِ ، وَالتِّرْمِذِيُّ (٢٣١١) فِي الزَّهْدِ وَ(٣١٨٣) فِي التَّفْسِيرِ ، وَالنَّسَائِيُّ فِي « الصَّغَرَى » (٣٦٤٨) فِي الْوَصَايَا . وَفِي الْبَابِ أَيْضاً :

رَوَاهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ الْبَخَارِيُّ (٤٧٧١) فِي التَّفْسِيرِ ، وَمُسْلِمٌ (٢٠٤) وَ(٢٠٦) فِي الْإِيمَانِ ، وَالتِّرْمِذِيُّ (٣١٨٤) فِي التَّفْسِيرِ ، وَالنَّسَائِيُّ فِي « الْمَجْتَبَى » (٣٦٤٦) وَ(٣٦٤٧) وَالتَّفْسِيرِ (٣٩٧) .

وَرَوَاهُ عَنْ قَبِيصَةَ بْنِ الْمُخَارِقِ وَزُهَيْرِ بْنِ عَمْرٍو مُسْلِمٌ (٢٠٧) فِي الْإِيمَانِ .
وَأَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ بِنَحْوِهِ وَبِتَمَامِ الْقِصَّةِ الْبَخَارِيُّ (٤٧٧٠) وَ(٤٩٧٢) فِي التَّفْسِيرِ ، وَمُسْلِمٌ (٢٠٨) فِي الْإِيمَانِ ، وَفِيهِ : « يَا صَبَاحَاهُ » وَ« أَرَأَيْتَكُمْ لَوْ أَخْبَرْتُكُمْ أَنَّ خَيْلاً بِالْوَادِي تَرِيدُ أَنْ تَغِيرَ عَلَيْكُمْ أَكُنْتُمْ مُصَدِّقِي ؟ » قَالُوا : نَعَمْ ، مَا جَرَّبْنَا عَلَيْكَ إِلَّا صَدَقاً . التَّبَّ وَالتَّبَابُ : الْاسْتِمْرَارُ فِي الْخُسْرَانِ .

فَإِنْ كَانَ الْمُوصِي مِنَ الْعَجَمِ . . فَلَا تَقْدَمُ قَرَابَةُ الْأَبِّ عَلَى الْأُخْرَى ، بَلْ يَصْرَفُ ذَلِكَ إِلَى أَقَارِبِهِ مِنْ جَانِبِ الْأَبِّ وَالْأُمِّ .

وَأِنْ كَانَ مِنَ الْعَرَبِ . . فَإِنَّمَا هُوَ لِقَرَابَتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ ، فَيُدْفَعُ إِلَى الْبَطْنِ الَّذِي يَنْتَمِي إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْعَجَمَ لَا تَعْرِفُ الْقَبَائِلَ^(١) وَالْبَطُونَ ، فَعِنْدَهُمُ الرَّجُلُ إِذَا سَمِيَ قَرَابَتُهُ فَإِنَّمَا يَرِيدُ بِهِ قَرَابَتَهُ مِنْ جِهَةِ آبَائِهِ وَأُمَّهَاتِهِ ، وَالْعَرَبُ تَعْرِفُ الْقَبَائِلَ وَالْبَطُونَ بَيْنَهُمْ ، فَلَا يُنْسَبُ الرَّجُلُ إِلَى قَرَابَةِ أُمِّهِ أَلْبَتَّةَ .

فَرَعٌ : [الوقف على أقرب الناس رحماً] :

وَأِنْ وَقَفَ عَلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ، أَوْ أَقْرَبِهِمْ رَحْمًا بِهِ ، أَوْ أَمْسَهُمْ رَحْمًا بِهِ ، أَوْ أَوْصَى لَهُ . . فَإِنَّهُ يُصْرَفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَالِدَانِ . . صُرِفَ إِلَى أَوْلَادِهِ الذَّكَوْرَ وَالْإِنَاثِ ، وَيُسَوَّى بَيْنَهُمْ ، ثُمَّ إِلَى أَوْلَادِهِمْ ، ثُمَّ إِلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِهِمْ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنٌ ابْنِ ابْنٍ ، وَابْنَةٌ بِنْتٍ . . صُرِفَ إِلَى ابْنَةِ الْبِنْتِ ؛ لِأَنَّهَا أَقْرَبُ مِنْ ابْنِ ابْنِ الْإِبْنِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ ، وَلَا وَلَدٌ وَلَدٍ ، وَلَهُ أَحَدُ الْأَبْوَيْنِ . . صُرِفَ إِلَيْهِ ، وَإِنْ أَجْتَمَعَا . . تَسَاوَا ؛ لِأَنَّهُمَا فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ .

(١) الْقَبِيلَةُ : بَنُو الْأَبِّ . قَالَ الْمَاورِدِي فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » : أَنْسَابُ الْعَرَبِ سِتُّ مَرَاتِبَ تَجْمَعُ أَنْسَابَهُمْ وَهِيَ : شَعْبٌ ، ثُمَّ قَبِيلَةٌ ، ثُمَّ عِمَارَةٌ ، ثُمَّ بَطْنٌ ، ثُمَّ فَخْدٌ ، ثُمَّ فَصِيلَةٌ .
فَالشَّعْبُ : النَّسَبُ الْأَبْعَدُ كَعَدْنَانٍ ، سَمِيَ شَعْبًا لِأَنَّ الْقَبَائِلَ مِنْهُ تَنْشَعِبُ .
وَالْقَبِيلَةُ : وَهِيَ مَا انْقَسَمَتْ فِي أَنْسَابِ الشَّعْبِ كَرَبِيعَةٍ وَمُضَرَ ، سَمِيَتْ قَبِيلَةً لِتَقَابُلِ الْأَنْسَابِ فِيهَا .

وَالْعِمَارَةُ : وَهِيَ مَا انْقَسَمَتْ فِيهِ أَنْسَابُ الْقَبِيلَةِ ، كَقَرِيْشٍ وَكُتَانَةٍ .
وَالْبَطْنُ : وَهُوَ مَا انْقَسَمَتْ فِيهِ أَنْسَابُ الْعِمَارَةِ ، كَبْنِي عَبْدِ مَنَافٍ ، وَبَنِي مَخْزُومٍ .
وَالْفَخْدُ : وَهُوَ مَا انْقَسَمَتْ فِيهِ أَنْسَابُ الْبَطْنِ ، كَبْنِي هَاشِمٍ ، وَبَنِي أُمِيَّةٍ .
وَالْفَصِيلَةُ : وَهِيَ مَا انْقَسَمَتْ فِيهِ أَنْسَابُ الْفَخْدِ ، كَبْنِي الْعَبَّاسِ وَبَنِي أَبِي طَالِبٍ .
فَالْفَخْدُ يَجْمَعُ الْفَصَائِلَ ، وَالْبَطْنُ يَجْمَعُ الْأَفْخَاذَ ، وَالْعِمَارَةُ تَجْمَعُ الْبَطُونَ ، وَالْقَبِيلَةُ تَجْمَعُ الْعِمَائِرَ ، وَالشَّعْبُ يَجْمَعُ الْقَبَائِلَ . فَإِذَا تَبَاعَدَتْ الْأَنْسَابُ صَارَتْ الْقَبَائِلُ شُعُوبًا ، وَالْعِمَائِرُ قَبَائِلَ ، وَزَادَ غَيْرُهُ : الْعَشِيرَةُ قَبْلَ الْفَصِيلَةِ . ا . هـ مِنْ « تَصْحِيحِ التَّنْبِيهِ » .

وإن كان له أب وأبن . . ففيه وجهان :

أحدهما : أنهما سواء ؛ لأنهما في أول درجة من الميت .

فعلى هذا : يقدم الأب على ابن الابن .

والثاني - وهو المذهب - : أن الابن يقدم ؛ لأنه جزء من الواقف ، وأقوى تعصياً من الأب .

فعلى هذا : يقدم ابن الابن وإن سفل ، على الأب .

وإن اجتمعت الأم والابن . . فينبغي أن يكون على الوجهين المذكورين في الأب والابن .

فإن لم يكن له والد ولا ولد ، وله إخوة وأخوات . . صرف إليهم . فإن كان فيهم من يذلي بالأبوين ، وفيهم من يذلي بأحدهما . . قدم من يذلي بهما ؛ لأنه أقرب . وإن كان أحدهما يذلي بالأب والآخر يذلي بالأم . . فهما سواء ، وأولادهم يقومون مقامهم .

فإن لم يكن له إخوة ، وله جد من قبل الأب أو من قبل الأم . . صرف إليه . وإن كانت له جدة من قبل أحدهما . . صرف إليها فإن اجتمع الجد أبو الأب ، والجد أبو الأم ، وأم الأم ، وأم الأب . . صرف إليهم بالسوية ؛ لأنهم منه بمنزلة واحدة .

وإن اجتمع الجد أبو الأب ، والأخ من قبل الأب والأم ، أو من الأب . . ففيه قولان :

أحدهما : أنهما سواء ؛ لتساويهما في القرب منه .

فعلى هذا : يقدم الجد على ابن الأخ .

والثاني : أن الأخ أولى ؛ لأنه أقوى تعصياً منه .

فعلى هذا : يقدم ابن الأخ على الجد .

فإن لم يكن له أحد هؤلاء ، وله أعمام . . صرف إليهم على ترتيب الأخوة .

فإن كان له عم وأبو جد . . فعلى القولين في الأخ والجد .

فَإِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَخَالَ ، أَوْ عَمَّةٌ وَخَالَةٌ ، أَوْ عَمٌّ وَخَالَةٌ ^(١) . . صُرِفَ إِلَيْهِمَا ، وَأَوْلَادُهُمْ يَقُومُونَ مَقَامَهُمْ .

فَإِنْ كَانَتْ لَهُ جَدَّتَانِ : إِحْدَاهُمَا تُدْلِي بِقَرَابَتَيْنِ ، وَالْأُخْرَى تُدْلِي بِقَرَابَةٍ وَاحِدَةٍ ، بَأَن يَتَزَوَّجَ رَجُلٌ بِابْنَةِ عَمَّتِهِ ، أَوْ ابْنَةِ خَالَتِهِ ، ثُمَّ يُوَلِّدُ لَهُ مِنْهَا وَلَدًا . . فَإِنَّ أُمَّ أُمِّ زَوْجَتِهِ تُدْلِي إِلَى وَلَدِهِمَا بِقَرَابَتَيْنِ ، فَإِنْ كَانَ هُنَاكَ جَدَّةٌ تَحَاذِيهَا . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :
أَحَدُهُمَا : أَنَّ الَّتِي تُدْلِي بِقَرَابَتَيْنِ أَوْلَى .
وَالثَّانِي : أَنَّهُمَا سَوَاءٌ .

فِرْعُ : [الوقف على جماعة من أقرب القرابة] :

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جَمَاعَةٍ مِنْ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ، أَوْ أَوْصَى لَهُمْ . . صُرِفَ إِلَى ثَلَاثَةٍ مِنْ أَقْرَبِ الدَّرَجَاتِ إِلَيْهِ .

فَإِنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَوْلَادٍ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ . . صُرِفَ إِلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ أَقَلُّ الْجَمْعِ . فَإِنْ كَانَ فِي الدَّرَجَةِ الْأُولَى أَقَلُّ مِنْ ثَلَاثَةٍ . . تُمَمُّوا مِنَ الدَّرَجَةِ الَّتِي تَلِيهَا . فَإِنْ كَانَ هُنَاكَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ثَلَاثِ دَرَجَاتٍ . . صُرِفَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثُ الْوَقْفِ . فَإِنْ كَانَ فِي الدَّرَجَةِ الْأُولَى أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثَةٍ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ النَّازِلَ فِي الْوَقْفِ وَالْوَصِيَّةِ يَصْرِفُ ذَلِكَ إِلَى ثَلَاثَةٍ يَخْتَارُهُمْ مِنْهُمْ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى الْفُقَرَاءِ أَوْ أَوْصَى لَهُمْ .

وَالثَّانِي : يُصْرِفُ إِلَى جَمِيعِهِمْ بِالسُّوِّيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِبَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ، بِخِلَافِ الْفُقَرَاءِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَنْحَصِرُونَ ، فَالْوَقْفُ وَالْوَصِيَّةُ إِنَّمَا يَقَعُ بِجَهَّتِهِمْ دُونَ أَعْيَانِهِمْ .

وَإِنْ كَانَ فِي الدَّرَجَةِ الْأُولَى اثْنَانِ ، وَفِي الثَّانِيَةِ اثْنَانِ . . صُرِفَ الثَّلَاثَانِ إِلَى اللَّذَيْنِ فِي الدَّرَجَةِ الْأُولَى ، وَفِي الثَّلَاثِ الْبَاقِي وَجْهَانِ :

(١) وكذا القول : لو كان له خال وعمّة .

أحدهما : يَصْرِفُهُ النَّاظِرُ إِلَى وَاحِدٍ يَخْتَارُهُ مِنَ الَّذِينَ فِي الدَّرَجَةِ الثَّانِيَةِ .
والثاني : يُصْرِفُ إِلَيْهِمَا بِالسُّوِيَّةِ .

فرعٌ : [الوقف على أهل بيته] :

وإنَّ وَقَفَ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ أَوْ أَوْصَى لَهُمْ . . صُرِفَ إِلَى أَبِيهِ وَأَقَارِبِهِ مِنْ جِهَةِ أَبِيهِ ، نَحْوَ أَجْدَادِهِ وَإِخْوَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ رَوِيَ عَنْ ثَعْلَبَ : أَنَّهُ قَالَ : أَهْلُ الْبَيْتِ : الْأَقَارِبُ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : فَعَلَى هَذَا : لَا يَكُونُ لِبَنِيهِ وَلَا لِأَقَارِبِهِ مِنْ أُمِّهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِ ، فَمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِ وَارِثًا . . لَمْ تُصْرِفْ إِلَيْهِ الْوَصِيَّةُ ، بَلْ إِلَى الْبَاقِينَ .

مسألةٌ : [الوقف في مرض الموت] :

إِذَا وَقَفَ شَيْئًا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ . . فَإِنَّ ذَلِكَ وَصِيَّةٌ .

فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى أَجْنَبِيٍّ : فَإِنْ أَحْتَمَلَهُ الثَّلَثُ مِنْ تَرَكَّتِهِ . . صَحَّ الْوَقْفُ . وَإِنْ لَمْ يَحْتَمَلَهُ الثَّلَثُ . . لَزِمَ الْوَقْفُ فِي قَدْرِ الثَّلَثِ وَوَقَفَ مَا زَادَ عَلَيْهِ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ .

وإنَّ وَقَفَ عَلَى وَارِثِهِ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ . . وَقَفَ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ ، سِوَاءِ إِحْتِمَالِهِ الثَّلَثِ أَوْ لَمْ يَحْتَمَلْهُ ، كَالْوَصِيَّةِ لَهُ .

فَإِنْ كَانَ لَهُ دَارٌّ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهَا ، فَوَقَفَهَا عَلَى ابْنِهِ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، وَلَا وَارِثَ لَهُ سِوَاهُ . .

قَالَ الْمَسْعُودِيُّ [في «الإبانة» ق/٤١١] : لَزِمَ الْوَقْفُ فِي ثُلُثِهَا ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا فِيهِ أَنَّهُ حَالٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ ثُلُثِهَا ، وَلَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِي ثُلُثِهِ .

وَأَمَّا الثَّلَاثَانِ : فَلِلْأَبْنِ إِبْطَالُ الْوَقْفِ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ إِلَّا بِثُلْثِ تَرَكَّتِهِ ، فَإِنْ أَبْطَلَهُ . . فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ اخْتَارَ أَنْ يُجِيزَهُ وَقَفًا عَلَى نَفْسِهِ :

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْإِجَازَةَ مِنَ الْوَارِثِ أَبْتَدَأُ عَطِيَّةً مِنْهُ . . لَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَقِفَ عَلَى نَفْسِهِ .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ تَنْفِيزٌ لِمَا فَعَلَهُ الْمُوصِي . . صَحَّ .

فَرَعٌ : [وقف داره على ابنه وابنته] :

وَإِنْ كَانَ لَهُ دَارٌ ، وَقَفَهَا عَلَى ابْنِهِ وَأَبْنَتِهِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَاحْتَمَلَهَا الثُلُثُ ، وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُمَا ، فَإِنْ أَجَازَ الْإِبْنُ الْوَقْفَ عَلَى أُخْتِهِ . . صَحَّ ، وَكَانَتِ الدَّارُ وَقْفًا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَإِنْ أَبَى أَنْ يُجِيزَهُ . . قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ : بَطَلَ الْوَقْفُ فِي نِصْفِ الْمَوْقُوفِ عَلَى الْإِبْنَةِ - وَهُوَ : رُبْعُ الدَّارِ - وَيَبْقَى الرُّبْعُ مَوْقُوفًا عَلَى الْإِبْنَةِ ، وَالنِّصْفُ مَوْقُوفًا عَلَى الْإِبْنِ ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الرُّبْعَ الَّذِي بَطَلَ فِيهِ الْوَقْفُ بَيْنَهُمَا لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ .

وَتَصَحُّ الْمَسْأَلَةُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ : لِلْإِبْنِ ثَمَانِيَّةُ أَصْهُمٍ : سِتَّةٌ مِنْهَا وَقَفَتْ عَلَيْهِ ، وَسَهْمَانِ طَلَّقَتْ لَهُ ، وَلِلْإِبْنَةِ أَرْبَعَةُ أَصْهُمٍ : ثَلَاثَةٌ وَقَفَتْ عَلَيْهَا ، وَسَهْمٌ طَلَّقَتْ لَهَا .

فَإِنْ كَانَتْ لَهُ دَارٌ وَقَفَهَا عَلَى ابْنِهِ وَزَوْجَتِهِ نِصْفَيْنِ بَيْنَهُمَا ، وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُمَا ، وَخَرَجَتِ الدَّارُ مِنْ ثَلَاثِهِ ؛ فَإِنْ أَجَازَ الْإِبْنُ الْوَقْفَ عَلَى الزَّوْجَةِ . . كَانَتْ وَقْفًا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَإِنْ لَمْ يُجِزْ . . فَقَدْ فَضَّلَ الزَّوْجُ الزَّوْجَةَ بِثَلَاثَةِ أَصْهُمٍ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ مِنَ الدَّارِ ، فَيَبْطُلُ الْوَقْفُ فِيهَا ، وَيَكُونُ ذَلِكَ مِلْكًا لِلْإِبْنِ طَلْقًا ، وَيَبْقَى أَرْبَعَةُ أَصْهُمٍ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ مِنَ الدَّارِ وَقْفًا عَلَى الْإِبْنِ ، فَيَصِيرُ أَرْبَعَةُ أَصْبَاعٍ نَصِيبِهِ وَقْفًا عَلَيْهِ ، وَثَلَاثَةُ أَصْبَاعٍ نَصِيبِهِ طَلْقًا لَهُ ، فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ نَصِيبُ الزَّوْجَةِ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ سَوَى بَيْنَهُمَا فِي الْوَقْفِ ، فَيَكُونُ أَرْبَعَةُ أَصْبَاعٍ ثَمْنِيَّةً وَقْفًا عَلَيْهَا ، وَثَلَاثَةُ أَصْبَاعٍ ثَمْنِيَّةً طَلْقًا لَهَا ، فَتَضْرِبُ ثَمَانِيَّةً فِي سَبْعَةٍ ، فَذَلِكَ سِتَّةٌ وَخَمْسُونَ ، لِلْإِبْنِ تِسْعَةٌ وَأَرْبَعُونَ سَهْمًا : ثَمَانِيَّةٌ وَعَشْرُونَ مِنْهَا وَقَفَتْ عَلَيْهِ ، وَأَحَدٌ وَعَشْرُونَ طَلَّقَتْ لَهُ . وَلِلزَّوْجَةِ سَبْعَةُ أَصْهُمٍ : أَرْبَعَةٌ وَقَفَتْ عَلَيْهَا ، وَثَلَاثَةٌ طَلَّقَتْ لَهَا .

مَسْأَلَةٌ : [وقف على الموالى] :

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ ، أَوْ أَوْصَى لَهُمْ :

فَإِنْ كَانَ لَهُ مَوْلَى مِنْ أَعْلَى ، وَهُوَ الَّذِي أَعْتَقَهُ وَأَنْعَمَ عَلَيْهِ . . صَرَفَ ذَلِكَ إِلَيْهِ .

وإن كان له مولى من أسفل ، وهو الذي أعتقه الواقف أو الموصي . . . صُرف ذلك إليه .

وإن كان له مولى من أعلى ومولى من أسفل . . . ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يُصرف ذلك إليهما ؛ لأنَّ اسم المولى لجميعهما .

والثاني : يُصرف ذلك إلى المولى من أعلى ؛ لأنَّ جنبته أقوى ؛ لأنه الوارث له .

والثالث : لا يصح الوقف ؛ لأنَّ اسم المولى في أحدهما لمعنى معيّن ، وفي الآخر لمعنى آخر ، فصار من أسماء الأضداد ؛ لأنَّ أحدهما مُنعمٌ ، والآخر منعمٌ عليه ، ولا يمكن حملهُ على العموم فيهما ؛ لأنَّ العموم إنّما يُحمل إذا كان من أسماء الأجناس كالمسلمين والمشرّكين .

وإن كان الموقوف عليه والموصى له منهما مجهولاً . . . لم يصح .

مسألة : [وقف على جماعة فمات أحدهم وله ولد] :

إذا قال : وقفتُ هذا على زيد وعمرو وبكر ، فمن مات منهم وله ولدٌ ، فنصيبه لولده ، فإذا أنقضوا ، فعلى الفقراء والمساكين . . . حُمِلَ ذلك على شرطه .

وإن قال : وقفتُ على زيد وعمرو وبكر ، فإذا أنقضوا فعلى الفقراء والمساكين ، فمن مات منهم وله ولدٌ ، فنصيبه لولده ، ومن مات ولا ولد له ، نُقِلَ نصيبه إلى أهل الوقف ، أو إلى الفقراء والمساكين . . . حُمِلَ ذلك على ما شرطه .

وإن قال : وقفتُ عليهم ، فإذا أنقضوا ، فعلى الفقراء والمساكين ، وأطلق ، فمات واحدٌ منهم . . . ففيه قولان^(١) سواء كان له ولدٌ أو لم يكن :

أحدهما - وهو قول أبي علي الطبري - : أنَّ نصيبه يُصرف^(٢) إلى الفقراء

(١) في (م) : (وجهان) .

(٢) في (م) : (ينقل) .

والمساكين ؛ لأنه لما جعل الجميع لهم إذا أنقروضوا . . . وَجِبَ أَنْ يَكُونَ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَهُمْ إِذَا أَنْقَرَضَ .

والثاني - وهو المنصوص في « حرمة » - : (أَنَّ نَصِيْبَهُ يَكُونُ لِمَنْ بَقِيَ مِنْ الْآخِرِينَ) . وبه قال مالك .

قال أبو العباس : ولأَيِّ معنى صُرِفَ إليهما . . . يحتمل معنيين :

أحدهما : لأنه لا يُمكن دفع نصيبه إلى الفقراء والمساكين ؛ لأنه جعل أنقراض أهل الوقف شرطاً في استحقاق الفقراء ، ولم يُوجد أنقراضهم ، فلا يمكن رده إلى الواقف ؛ لأنَّ ملكه قد زال عنه فلم يبق إلاَّ صرفه إلى مَنْ بَقِيَ مِنْهُمْ ؛ لأنه أقرب .

والمعنى الثاني : أنه لما قال : وَقَفْتُهُ عَلَيْهِمْ ، فإذا أنقروضوا فعلى الفقراء والمساكين . . صار كأنه وَقَفَهُ عَلَيْهِمْ وعلى مَنْ عاش مِنْهُمْ ، وهذا مِنْ ضَمَنِ كلامه معلوم .

مسألة : [وقف مسجد ألفئة] :

إذا وَقَفَ مسجداً على الشفعية^(١) . . فهل يُمكن غيرهم مِنَ الصلاة فيه ؟ حكى الطبري فيه قولين^(٢) .

وإنَّ وَقَفَ مسجداً في محلَّة^(٣) فخرِبَ المحلَّةُ ، أو وَقَفَ داراً فخرِبَتْ وتعطلَّتْ منافعُها . . لم يَبْطُلِ الوقفُ فيهما .

وقال أحمد : (إذا خربت المحلَّة . . جاز نقض المسجد وصرف آلته^(٤) إلى بناء مسجد آخر ، وإذا خربت الدار . . جاز بيعها ، وصُرف ثمنها إلى بناء دار أخرى) .

وقال محمد : يَبْطُلُ الوقفُ فيهما ، ويكونان ملكاً للواقف .

(١) الشفعية ، كالشافعية : من ينتسب للشافعي رحمه تعالى .

(٢) في (م) : (وجهين) .

(٣) المحلَّة : منزل القوم الذي يحلون به كمفعلة بفتح الميم .

(٤) في نسخة : (ذلك) .

دليلنا : أَنَّ ما زالَ الْمِلْكُ فِيهِ لِحَقِّ اللَّهِ . لا يَبْطُلُ بِأَخْطَالِ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ ، كما لو أَعْتَقَ عَبْدًا ثُمَّ زَمِنَ^(١) ، ولأنَّه قدَّ يَصْلِي فِيهِ أَفْرَادُ النَّاسِ ، وقدَّ تَعْمُرُ الْمُحَلَّةُ وَتَعْمُرُ الدَّائِرُ .

فرعٌ : [وقف نخلة فيست أو مسجداً فتلف منه شيء] :

وإنَّ وَقَفَ نَخْلَةً فَأَنْقَلَعَتْ أَوْ يَسَّتْ ، أَوْ وَقَفَ مَسْجِداً فَأَنْكَسَرَتْ خَشَبَتُهُ مِنْهُ . . ففيه وجهان :

أحدهما : لا يجوزُ بيعُها ؛ لِما ذَكَرناهُ فِي الْمَسْجِدِ .

والثاني : يجوزُ بيعُها ؛ لِأَنَّ مَنَفْعَتَهَا بَطَلَتْ ، فَكانَ بَيْعُها أَوْلَى مِنْ تَرْكِها .

فإذا قُلنا بهذا : فهل يجبُ صَرَفُ ثَمَنِها فِي شِراءِ مِثْلِها لِتَكُونَ وَقْفاً مِثْلِها ، أَوْ يَكُونُ مِلْكاً لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَيُصَرَّفُ فِي سائِرِ مِصالِحِ الْمَسْجِدِ ؟ فِيهِ طَرِيقانِ ، كما قُلنا فِي قِيَمَةِ الْوَقْفِ إِذا تَلَفَ .

قالَ أَبُو عَلِيٍّ السَّنجِيُّ : وَكلُّ ما أَشْتَرِي لِلْمَسْجِدِ مِنَ الْحَصِيرِ وَالْخَشَبِ وَالْأَجُرِّ وَالطِّينِ . . لا يجوزُ بَيْعُ شيءٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ ذلِكَ كُلَّهُ فِي حُكْمِ الْمَسْجِدِ ، فَهُوَ كَجِزءٍ مِنْ أَجْزائِهِ . فَإِنْ أَشْرَفَتْ عَلَى الْهَلَاكِ وَلا يَحْتَاجُ الْمَسْجِدُ إِلَيْها ، كَالْحَصِيرَةِ الْبَالِيَةِ وَالْأَخْشابِ الْعَفْنَةِ . . فهل يجوزُ بيعُها ؟ فِيهِ وَجهان :

أحدهما : يجوزُ ؛ لِأَنَّا لو قُلنا : لا يجوزُ بيعُها . . لَهَلَكْتُ .

والثاني : لا يجوزُ ، قالَ : وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّها فِي حُكْمِ الْمَسْجِدِ .

قالَ الطَّبْرِيُّ : وما أَشْرَفَ عَلَى الْهَلَاكِ مِنْ أَسْتارِ الْكُعْبَةِ ، وَلَمْ يَبْقَ فِيهِ جَمالٌ وَلا مَنفَعَةٌ . . فهل يجوزُ بيعُها ؟ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ .

قالَ : وَالصَّحِيحُ فِي الْكُلِّ : لا يجوزُ بيعُها .

(١) زوين : أصابه مرض عضال ولزمه .

فرعٌ : [وقف على ثغر فبطل] :

وإن وقف أرضاً على ثغر ، فبطل الثغر وتعدّر القتال فيه .. حُفِظَ انتفاع الوقف - وهو : غلّته - ولا يُصرف إلى غيره ؛ لجواز أن يعود الثغر كما كان .

مسألة : [أحتياج الوقف إلى نفقة] :

وإذا أحتاج الوقف إلى نفقة ، بأن كان حيواناً أو أرضاً تحتاج إلى العمارة : فإن شرط الواقف أن نفقة ذلك من غلة الوقف .. أنفق عليها من غلّتها ، وما بقي صُرف إلى أهل الوقف .

قال ابن الصبّاغ : وإن شرط الواقف أن تكون نفقتها من ماله .. حُمِلَ على ذلك . وإن أطلق ذلك .. أنفق عليه من غلّته ؛ لأنّه لا يمكن الانتفاع به^(١) إلا بذلك . فإن بطلت منفعتُه^(٢) ، بأن كان عبداً فزمن :

فإن قلنا : إن الملك^(٣) فيه ينتقل إلى الله تعالى .. أنفق عليه من بيت المال ، كالحُرّ المعسر .

وإن قلنا : إن الملك فيه ينتقل إلى الموقوف عليه .. كانت نفقته عليه .

وإن قلنا بالقول المخرّج : إن ملك الواقف باقٍ عليه .. وجبت نفقته عليه .

مسألة : [النظر في الوقف] :

وأما النظر في الوقف : فإن جعل الواقف النظر فيه لنفسه أو لغيره .. حُمِلَ على ذلك ؛ لِمَا ذكرناه من أخبار الصحابة .

(١) في (م) : (بها) .

(٢) في (م) : (منفعتها) .

(٣) في (م) : (الوقف) .

وإن لم نجعله إلى أحدٍ : فإن قلنا : إنَّ المَلِكَ فيه يَنْتَقِلُ إلى الله . كَانَ النَظَرُ فيه إلى الحاكم .

وإن قلنا : إنَّه يَنْتَقِلُ إلى المَوْقُوفِ عليه . . كَانَ النَظَرُ فيه إليه .

وإن قلنا بالقولِ المَخْرُجِ : إنَّه باقٍ على مَلِكِ الواقِفِ . . كَانَ النَظَرُ فيه إليه .

فإن جَعَلَ الواقِفُ النَظَرَ فيه إلى أَثْنَيْنِ مِنْ أَهْلِ الوَقْفِ ، وَلَمْ يوجِذْ في أَهْلِ الوَقْفِ مَنْ يَصْلُحُ لِلنَظَرِ إِلَّا وَاحِدٌ . . ضَمَّ إليه الحاكمُ وَاحِداً ؛ لِأَنَّ الواقِفَ لَمْ يَرْضَ إِلَّا بِنَظَرِ أَثْنَيْنِ .

مَسْأَلَةٌ : [وقف على أولاده أرضاً بأيديهم] :

إذا وَقَفَ على أولادِهِ أرضاً وهي في أيديهم ، فَأَخْتَلَفُوا فيها :

فَقَالَ الذَكَورُ : جَعَلَهَا للذَكَرِ مِثْلَ حِظِّ الْأُنثَيْنِ ، وَقَالَ الْإِنَاثُ : بَلْ جَعَلَ الذَكَورُ فيها وَالْإِنَاثُ سِوَاءً .

أَوْ قَالَ أَهْلُ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ : هيَ على الترتيبِ ، وَقَالَ أَهْلُ الْبَطْنِ الثَّانِي : هيَ على التشريكِ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ : فَإِنْ كَانَ هُنَاكَ بَيِّنَةٌ . . عُمِلَ بها ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ هُنَاكَ بَيِّنَةٌ ، فَإِنْ كَانَ الواقِفُ حَيًّا . . رُجِعَ إليه في بَيَانِهِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِقَوْلِهِ ، فَرُجِعَ إليه . وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا . . حَلَفُوا ، وَجُعِلَتْ بَيْنَهُمُ بالسُّوِّيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِقَوْلِ بَعْضِهِمْ على بَعْضٍ ، فَتَحَالَفُوا ، كَمَا لَوْ أَخْتَلَفَ أَثْنَانِ فِي مَلِكٍ دَارٍ .

فِرْعُ : [أرضٌ بعضها وقف والآخر طلق] :

إذا كَانَ هُنَاكَ أرضٌ بَعْضُهَا وَقَفَ وَبَعْضُهَا طُلُقٌ ، فَأَرَادَ أَهْلُ الطَّلُقِ أَنْ يُقَاسِمُوا أَهْلَ الوَقْفِ ، وَالْأَرْضُ مِمَّا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ، فَإِنْ قلنا : إِنَّ الْقِسْمَةَ بَيْعٌ . . لَمْ تَصَحَّ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّ الوَقْفَ لَا يَصْحُحُ بَيْعُهُ ، وَإِنْ قلنا : إِنَّهَا فَرَزُ النَصِيبِينَ ، وَلَمْ يَكُنْ فيها رَدٌّ . . صَحَّتِ الْقِسْمَةُ ، وَإِنْ كَانَ فيها رَدٌّ . . نَظَرَتْ :

فإن كَانَ صَاحِبُ الطَّلُقِ يَرُدُّ على أَهْلِ الوَقْفِ . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهُ يُعْطَى عِوَضاً عَنْ شَيْءٍ يَأْخُذُهُ مِنَ الوَقْفِ ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ .

وإن كان أهل الوقف يردون على صاحب الطلق . . صحح ؛ لأنهم يميزون الوقف ،
ويبدلون العوض عن شيء يملكونه من حق الشريك ، وذلك جائز .

وأما قسمة الوقف بين أربابه : فقال سليم وأبن الصباغ : لا يصح قولاً واحداً ؛ لأننا
وإن قلنا إن القسمة فرز النصيبين ، إلا أنه يتعلق بها حق البطن الثاني ، فلا يجوز لأهل
البطن الأعلى التصرف بحقوقه ، ولأن ذلك تغيير للوقف ، وهو لا يجوز تغييره .

مسألة : [أشياء كانت في الجاهلية :

ذكر أصحابنا في تفسير قول الله تعالى : ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامِرٍ ﴾ [المائدة : ١٠٣] وهذه أشياء كان يفعلها أهل الجاهلية ، فورد الشرع بإبطالها .

فأما (السائبة) : فإن الناقة كانت إذا ولدت عشرة بطون كلها إناث متواليه سببها
إكراماً لها ، فلا تركب ولا يجز وبزها ، ولا يشرب من لبنها أحد إلا أن يطرقهم ضيف
ولا لبن عندهم فيحبونها له ، فإذا ماتت : أكلها الرجال دون النساء ، وكانوا يستحلون
أكل الميتة . وقد سمي الفقهاء العبد يعتق بشرط أن لا ولاء عليه سائبة .

وأما (البحيرة) : فهو ولد السائبة بعد أن تسيب ، ويكون حكمه حكم أمه .

وإنما سمي بحيرة ؛ لأنهم كانوا يشقون أذنه ليعلم أنه ولد السائبة . و (البحر) :
الشق . ومنه سمي البحر بحراً ؛ لأن الله تعالى جعله مشقوقاً في الأرض شقاً .

وقيل (البحيرة) : الناقة إذا ولدت خمسة بطون ، فتشق أذنها وتسيب . والأول
أصح .

وأما (الوصيلة) : فهي الناقة أو الشاة إذا ولدت سبعة بطون ، في ست أنثيان
أنثيان ، وفي السابعة ذكر وأنثى ؛ لأنها وصلت الذكر بالأنثى ، فيسببونها ولا يشرب
من لبنها إلا الرجال دون النساء .

وأما (الحام) : فقيل : هو الفحل إذا نتج منه عشرة بطون ، قيل : قد حمى
ظهره ، وسبب .

وقيل : هو الفحل الذي نتج ولدٌ ولده ، فيسيبُ ولا يُنتفعُ به ، وكانوا يعتقدون ذلك قُرْبَةً .

قال الشافعي : (ولهذا تأويل ما روي : أنَّ النبي ﷺ جاء بإطلاق الحبس ، وهو الحبس الذي كانت تفعله الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ، ولا يعلم أنَّ أحداً منهم حبس دأره أو أرضه) .

والله أعلمُ وبالله التوفيقُ

* * *

کتاب التَّائِبِينَ

ان البنيان البنيان البنيان البنيان

ان البنيان البنيان البنيان البنيان

ان البنيان البنيان البنيان البنيان

ان البنيان البنيان البنيان البنيان

ان البنيان البنيان البنيان البنيان

ان البنيان البنيان البنيان البنيان

ان البنيان البنيان البنيان البنيان

ان البنيان البنيان البنيان البنيان

كتاب الهبة^(١)

الهبةُ : تملكُ العينَ بغيرِ عوضٍ . وهي مندوبٌ إليها ؛ لقوله تعالى : ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة : ٢] وقوله تعالى : ﴿وَلَكِنَّ الْإِيمَانَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّنَ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينِ وَابْنَ السَّبِيلِ﴾

[البقرة : ١٧٧]

وروي : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « تَهَادُّوا تَحَابُّوا »^(٢) .

(١) الهبة : وصدة التطوع والهدية ، والعطية أنواع من البرِّ متقاربة ، يجمعها تملك بلا عوض ، فإن تمحض فيها طلب التقرب إلى الله تعالى بإعطاء محتاج فهي صدقة ، وإن حُملت إلى مكان المهدى إليه إكراماً وإعظاماً وتودداً فهي هدية ، وإلا فهبة ، فكل هدية وصدقة وعطية هبة ، ولا ينعكس . لهذا ما ذكره أصحابنا في حدودها . والهبة يقال فيها : وهبت الشيء أهبة هبة ، وموهباً وموهباً وموهباً وهبة ، والاسم الموهب والموهبة . والاتهاب : قبول الهبة . والاستهاب : سؤالها ، ووقاب ووقابة : كثير الهبة . وقولهم : وهب منه ثوباً ، الأجود حذف لفظة من . « تصحيح التنبيه » و« مقاييس اللغة » . ودليل مشروعيتها قوله تعالى : ﴿وَأَقْرَبُوا النَّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ فِحْلًا﴾ [النساء : ٤] ، وحكمة تشريعها : أنها تورث الألفة والمحبة بين الناس .

(٢) رواه عن أبي هريرة البخاري في « الأدب المفرد » (٥٩٥) ، والترمذي (٢١٣١) بلفظ : « تهادوا فإن الهدية تذهب وحر الصدور » ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (١٦٩/٦) في الهبات وقال : غريب . قال في « تلخيص الحبير » (٨٠/٣) : بإسناد حسن ، وزاد نسبته إلى ابن طاهر ورواه في « مسند الشهاب » . وفيه أيضاً :

عن عائشة : « تهادوا تزدادوا حباً » وإسناده غريب . وفي الباب أيضاً : عن أم حكيم بنت وداع الخزاعية قال ابن طاهر : إسناده أيضاً غريب وليس بحجة .

وعن عطاء الخراساني رواه مالك في « الموطأ » (٩٠٨/٢) [في حسن الخلق] رفعه : « تصافحوا يذهب الغل ، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء » ، وفي « الأوسط » للطبراني من طريق عائشة رفعه : « تهادوا تحابوا ، وهاجروا تورثوا أولادكم مجداً ، وأقبلوا الكرام عثراتهم » وفي إسناده نظر . ١ . هـ .

وأجمع المسلمون على أستجابها^(١) .

إذا ثبت هذا : فإنَّ الهبة للأقارب أفضل ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى ﴾ [البقرة : ١٧٧] فبدأ بهم ، والعرب تبدأ بالآهم فالأهم .

وقال النبي ﷺ : « الرَّحْمُ شُجْنَةٌ مِنَ الرَّحْمَنِ فَمَنْ وَصَلَهَا . . وَصَلَهُ اللَّهُ ، وَمَنْ قَطَعَهَا . . قَطَعَهُ اللَّهُ »^(٢) .

و (الشجنة) : تروى بضم الشين وكسر ها .

وروي : عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « يَقُولُ اللَّهُ : أَنَا اللَّهُ ، وَأَنَا الرَّحْمَنُ ، وَأَنَا خَلَقْتُ الرَّحِمَ ، وَشَقَقْتُ لَهَا مِنْ إِسْمِي ، فَمَنْ وَصَلَهَا . . وَصَلْتُهُ ، وَمَنْ قَطَعَهَا . . بَنَيْتُهُ »^(٣) .
يعني : قطعته .

= وعن ابن عمر رواه الحاكم في « معرفة علوم الحديث » (ص / ٨٠) والقضاعي في « مسند الشهاب » (٦٥٧) . قال ابن الملتن في « خلاصة البدر المنير » (١٦٩٦) نقلاً عن ابن طاهر : هو أصح ما ورد في الباب مع الاختلاف عليه .

(١) قال ابن المنذر في « الإجماع » (٥٩٨) : وأجمعوا أن الرجل إذا وهب لرجل داراً أو أرضاً أو عبداً على غير عوض بطيب نفس المعطي ، وقبل الموهوب له ذلك وقبضه يُدفع من الواهب ذلك إليه ، وأجازة ، أن الهبة له تامة .

وقال الصفدي في « رحمة الأمة » (ص / ٣٥٧) : اتفق الأئمة على أن الهبة تصح بالإيجاب والقبول والقبض . أي فلا تملك إلا بالقبض لا بنفس العقد .

(٢) أخرجه عن عبد الله بن عمرو رضي الله تعالى عنهما أبو داود طرفاً منه (٤٩٤١) في الأدب ، والترمذي (١٩٢٥) واللفظ له في البر والصلة ، وقال : حسن صحيح ، والحاكم في « المستدرک » (١٥٩ / ٤) وصححه ، والبيهقي طرفه في « السنن الكبرى » (٤١ / ٩) في السير و « الأسماء والصفات » (٤٢٣) . قال السخاوي في « المقاصد الحسنة » : وكان ذلك باعتبار ما له من المتابعات والشواهد ، وإلا فأبو قابوس لم يرو عنه سوى ابن دينار ، ولم يوثقه سوى ابن حبان على قاعدته في توثيق المجاهيل . الشجنة : عروق الشجر المشتبكة ، ويقال : بيني وبينه شجنة : أي قرابة مشتبكة . والرحم : مشتقة من الرحمن ، والمعنى : أن لها قرباً من الله تعالى .

(٣) أخرجه - بالفاظ متقاربة - عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه من طريقين البخاري في « الأدب المفرد » (٥٣) ، وأبو داود (١٦٩٤) و (١٦٩٥) في الزكاة ، والترمذي (١٩٠٨) في البر والصلة ، وأحمد في « المسند » (١٩٤ / ١) ، والحاكم في « المستدرک » (١٥٧ / ٤) =

وقال ﷺ : « صَدَقْتُكَ عَلَى غَيْرِ ذِي رَحِمِكَ صَدَقَةٌ ، وَصَدَقْتُكَ عَلَى ذِي رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ » .

وقال ﷺ : « أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ : عَلَى ذِي الرِّحِمِ الْكَاشِحِ » يعني : المعادي ؛ لأنَّ الصَّدَقَةَ تَقْطَعُ الْعَدَاوَةَ وَتَرْفَعُهَا .

وقال ﷺ : « مَنْ سَرَّهُ أَنْ يُنْسَأَ فِي أَجَلِهِ ، وَيُوسَّعَ فِي رِزْقِهِ . . فَلْيَصِلْ رَحِمَهُ »^(١) .
وفي الهبة صلة للرحيم .

فإذا أراد أن يهبَ أولاده . . فالمستحبُّ أن يعمَّهُم ، وأن يساوي بين الذكور والإناث . وبه قال مالك ، وأبو حنيفة ، وأكثر أهل العلم .
وقال شريح : المستحبُّ أن يجعلَ للذكرِ مثلَ حظِّ الأنثيين . وبه قال أحمد وإسحاق .

دليلنا : ما روى ابنُ عباسٍ : أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « سَوُّوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ ، فَلَوْ كُنْتُمْ مُفْضِلًا أَحَدًا . . لَفَضَلْتُ الْبَنَاتِ »^(٢) .

= (١٥٨) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (٢٠٢٣٤) بإسناد صحيح .

وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما رواه الحكيم كما في « الكتر » (٦٩٥٥) في الترهيب عن قطع الرحم .

(١) أخرجه عن أبي هريرة البخاري (٥٩٨٥) في الأدب ، وأحمد في « المسند » (٣٧٤/٢) ، وأبو يعلى في « المسند » (٦٦٢٠) .

وعن أنس أخرجه البخاري (٥٩٨٦) في الأدب وفي « الأدب المفرد » (٥٦) ، ومسلم (٢٥٥٧) في البر والصلة ، وأحمد في « المسند » (١٥٦/٣) ، وأبو داود (١٦٩٣) في الزكاة ، وابن المبارك في « البر والصلة » (٢١٠) ، ووكيع في « الزهد » (٤٠٥) ، وهناد بن السري في « الزهد » (١٠٠٧) ، والخرائطي في « مكارم الأخلاق » (ص/٥١) ، وأبو نعيم الأصبهاني في « أخبار أصبهان » (٢٤٤/٢) وغيرها .

(٢) أخرجه عن الحبر ابن عباس رضي الله عنهما الطبراني في « الكبير » (١١٩٩٧) ، وابن عدي في « الكامل » (١٢١٧/٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (١٧٧/٦) في الهبات وفي إسناده سعيد بن يوسف متفق على ضعفه ، لكن حسنه الحافظ في « الفتح » (٢١٤/٥) ، وفيه : (النساء) بدل : (البنات) .

وروى النعمان بن بشير : أَنَّ أَبَاهُ بَشِيرَ بْنَ سَعْدٍ أَتَى النَّبِيَّ ﷺ وَقَالَ : إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هَذَا غَلَامًا كَانَ لِي ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَ مِثْلَ هَذَا ؟ » قَالَ : لَا . قَالَ : « أَيَسُرُّكَ أَنْ يَكُونُوا فِي آلِ بَرٍّ سَوَاءً ؟ » قَالَ : نَعَمْ ، قَالَ : « فَأَرْجِعْهُ » . وروى : « فَأَرْدُدْهُ »^(١) .
(والتَّحْلَةُ) - بضمَّ النون وبكسرِها - هي : العَطِيَّةُ .

قال الشافعي [في « مختصر المزني » (١٢٢/٣)] : (ولأنَّ الأقاربَ ينفسُ بعضهم بعضاً ما لا ينفسُ العدا) .

يعني : أن الأقارب يتنافسون ويتحاسدون أكثرَ من الأجانب ، وربما أدَّى ذلك إلى قطع الرَّحِمِ . ف (العدا) - بكسرِ العين - : الأجانبُ والأباعدُ . و (العدا)^(٢) - بضمَّ العين - : العداوةُ .

(١) أخرجه عن النعمان بن بشير رضي الله عنه مالك في « الموطأ » (٧٥١/٢) في الأقضية ، والشافعي في « ترتيب المسند » (٥٨٣/٢) في الهبة والعمري ، وأحمد في « المسند » (٢٦٨/٤) ، والبخاري (٢٥٨٦) و (٢٥٨٧) ، ومسلم (١٦٢٣) في الهبات ، وأبو داود (٣٥٤٣) في البيوع ، والترمذي (١٣٦٧) في الأحكام ، والنسائي في « الصغرى » (٣٦٧٢) وإلى (٣٦٧٥) و (٣٦٧٧) في النحل ، وابن ماجه (٢٣٧٦) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٤٩١) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٣١٦/٧) في الوصايا ، وابن الجارود في « المنتقى » (٩٩١) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (١٧٦/٦) في الهبات .

قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح ، وقد روي من غير وجه عن النعمان ، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم يستحبون التسوية بين الولد حتى قال بعضهم : يسوي بين ولده حتى في القبلة . وقال بعضهم : يسوي بين ولده في النحل والعطية يعني الذكر والأنثى سواء ، وهو قول سفيان الثوري . وقال بعضهم : التسوية بين الولد أن يعطي الذكر مثل حظ الأنثيين ، مثل قسمة الميراث وهو قول أحمد وإسحاق .

(٢) العدا : قال ابن فارس في « معجم مقاييس اللغة » : العين والداو والحرف المعتل أصل واحد صحيح يرجع إليه الفروع كلها ، وهو يدل على تجاوز في الشيء وتقدم لما ينبغي أن يقتصر عليه .

وقال الشاعر من البسيط كما في « النظم المستعذب » :
إذا كنت في قوم عدئٍ لست منهم فكل ما عُلفت من خبيث وطيب
نفس : يحسد ، يقال : نفست عليّ : أي حسدت . فأراد : أن ذوي القرابة يحسد بعضهم بعضاً حسداً لا تفعله العدئ ، وهم الغرباء الذين ليس بينهم قرابة .

فإن وهب لبعض أولاده دون بعض ، أو فاضل بينهم . . صح ذلك ، ولم يَأْتَمْ بِهِ ،
غير أنه قد فعل مكروهاً ، وخالف السنة . وبه قال مالك وأبو حنيفة .

وقال طاووس ، وأحمد ، وإسحاق : (لا تصح الهبة) .

وقال داود : (تصح ، ولكن يجب عليه أن يرجع فيها) .

دللنا : قوله ﷺ في حديث النعمان بن بشير : « فارجعه » . فلولاً أَنَّ الهبة قد
صحَّت . . لما أمره بالرجعة .

وفي رواية : أَنَّ النعمان بن بشير قال : يا رسول الله ! إِنَّ أُمَّهُ قَالَتْ : لا أرضى حتى
يشهد رسول الله ﷺ ، فلما قال له ما قال من أَنَّهُ لَمْ يَنْحَلْ جميع ولده مثله . . قال له
النبي ﷺ : « أشهد على هذا غَيْرِي » ^(١) فلو لم تصح الهبة . . لما أمره بأن يشهد عليه
غيره ، وإنما امتنع من أن يشهد على ذلك ؛ لئلا يصير ذلك سنة .

وروي : أَنَّ أبا بكر الصديق رضي الله عنه : (نحل عائشة جدادَ عشرين وسقاً من
ماله دون سائر أولاده) ^(٢) .

وروي : (أَنَّ عمر رضي الله عنه وهبَ ابنه عاصماً دون عبد الله وعبيد الله
وزيد) ^(٣) . وكذلك روي عن عبد الرحمن بن عوف ^(٤) . ولا مخالف لهم .

(١) أخرجه عن النعمان مسلم (١٦٢٣) (١٧) ، وأبو داود (٣٥٤٢) ، والنسائي في « الصغرى »
(٣٦٧٦) و(٣٦٨٠) ، وابن الجارود في « المنتقى » (٩٩٢) ، وابن ماجه (٢٣٧٥) في
النحل والهبات . ويشهد له أيضاً لفظ : « لا تشهدني على جور » رواه البخاري (٢٦٥٠) ،
ومسلم (١٦٢٣) (١٦) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٤٩٤) وابن أبي شيبة في
« المصنف » (٣١٦/٧) ، وغيرهم .

(٢) أخرجه عن عائشة الصديقة مالك في « الموطأ » (٧٥٢/٢) ، وابن سعد في « الطبقات » (١٩٤/٣)
و(١٩٥) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٥٠٧) ، وعن الشافعي البيهقي في « السنن الكبرى »
(١٧٠/٦ و١٧٨) في الهبات ، باب : ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم في العطية على الاختيار
دون الإيجاب . الجداد : قطف الثمر عند نضجه كالحصاد في الزرع . وسياًت قريباً .

(٣) أورده عن عمر الشافعي كما في « المختصر » (١٢٢/٣) ، وعنه البيهقي في « السنن الكبرى »
(١٧٨/٦) في الهبات .

(٤) أورده عن عبد الرحمن بن عوف الشافعي في « المختصر » (١٢٢/٣ - ١٢٣) ، والبيهقي عنه =

ولا يَسْتَنْكَفُ أَنْ يَهَبَ الْقَلِيلَ ، وَلَا أَنْ يَتَّهَبَ ؛ لقوله ﷺ : « لَوْ أَهْدَيْتُ إِلَى ذِرَاعٍ .. لَقَبِلْتُ ، وَلَوْ دُعِيتُ إِلَى كُرَاعٍ .. لَأَجَبْتُ »^(١) .

مسألة : [قبول الهبة والهدية]^(٢) :

الهبة والهدية صدقة التطوع حكمها واحد ، وكلُّ لَفْظٍ مِنْ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ يَقُومُ مَقَامَ الْآخَرِ ، وَلَا يَصْخُ شَيْءٌ مِنْ هَذَا كُلِّهِ إِلَّا بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ، وَيَكُونُ الْقَبُولُ فِيهِ عَقِيبَ الْإِيجَابِ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْبَيْعِ .

وقال أبو العباس : يَصْخُ أَنْ يَكُونَ الْقَبُولُ فِي ذَلِكَ مَتَرَاخِيًا عَنِ الْإِيجَابِ^(٣) ؛ لـ : (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَهْدَى إِلَى النَّجَاشِيِّ وَكَانَ فِي أَرْضِ الْحَبَشَةِ)^(٤) .

= في « السنن الكبرى » (١٧٨ / ٦) في الهبات .

(١) أخرجه عن أبي هريرة البخاري (٢٥٦٨) في الهبة ، و (٥١٧٨) في النكاح ، وأحمد في « المسند » (٤٢٤ / ٢) و (٤٧٩) والبيهقي في « السنن الكبرى » (١٦٩ / ٦) في الهبات وفي الباب :

عن أنس رواه الترمذي (١٣٣٨) في الأحكام وفي « الشرائع » (٣٣٧) وقال : حديث حسن صحيح ، وفي الباب : عن علي وعائشة ، والمغيرة وسلمان ومعاوية بن حيدة وعبد الرحمن بن أبي علقمة . وفيه لفظ : « لودعيت إلى ذراع » و « لو أهدي إلي كراع » .
الذراع : يريد لحم اليد من الحيوان . الكراع : هو من الحيوان ما دون الكعب من مستدق .

(٢) في نسخة : (إِذَا ثَبِتَ هَذَا فَإِنَّ) .

(٣) في هامش نسخة : (قال الشيخ أبو حامد في « التعليق » : ظاهر قول أبي العباس أن قبول الهبة يصح على التراخي ، وهو ظاهر الشريعة ، لأن النبي ﷺ أهدي إلى النجاشي ، ولا يزال الناس يفعلونه ، قال : ولهذا عندي غلط ، لا تصحُّ الهبة حتى يكون القبول حوياً بالإيجاب ، لأنه تمليك رقاب الأملاك في حال الحياة ، فأشبه البيع ، قال : والذي فعله النبي ﷺ ونقله الناس إنما هو إباحة وإذا أراد الهدية وكُلَّ الرسولَ الحامل لها حتى يوجب فيقرَّ للمهدي إليه فتملك بذلك ...) .

(٤) قال موسى بن عقبة عن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت : لما تزوج رسول الله ﷺ قال لها : « إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواق من مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ، ولا أرى هديتي إلا مردودة ، فإن ردت عليّ فهي لك ... » رواه أحمد كما في « الفتح الرباني » (١٧١ / ١٥) . وفيه دلالة على أن الهدية والهبة لا تملكان إلا بالقبض . اهـ من « إرشاد الفقيه » (١٠٤ / ٢) . =

والأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكَ فِي حَالِ الْحَيَاةِ ، فَكَانَ الْقَبُولُ فِيهِ عَلَى الْفَوْرِ ، كَالْبَيْعِ .
هَذَا نَقْلُ الْبَغْدَادِيِّينَ مِنْ أَصْحَابِنَا ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ .

وَقَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي «الإبَانَةِ» ق/ ٣٥٣] : الْهَدِيَّةُ لَا تَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ .

وَقَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : لَا تَفْتَقِرُ الْهَبَةُ وَالْهَدِيَّةُ وَصَدَقَةُ التَّطَوُّعِ إِلَى الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ، بَلْ إِذَا وُجِدَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى التَّمْلِيكِ . . صَحَّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُهْدِي إِلَيْهِ ، فَيَقْبِضُهُ ، وَيَتَصَرَّفُ فِيهِ^(١) ، وَلَمْ يُثْقَلْ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ الرَّسُولَ أَوْجَبَ لَهُ ، وَلَا أَنَّهُ قَبِلَ . وَكَذَلِكَ : (أَهْدَى إِلَى النَّجَاشِيِّ وَكَانَ فِي أَرْضِ الْحَبَشَةِ) . وَمَا نَقَلَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ . وَكَذَلِكَ النَّاسُ يَدْفَعُونَ صَدَقَاتِ التَّطَوُّعِ فَيَقْبِضُهَا الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِمْ ، وَيَتَصَرَّفُونَ فِيهَا مِنْ غَيْرِ إِيجَابٍ وَقَبُولٍ ، وَلَمْ يُنْكَرْ هَذَا مِنْكَرٌ ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ إِجْمَاعٌ .

فَإِنْ قِيلَ : فَهَذِهِ إِبَاحَاتُ مَالٍ ؟ فَالْجَوَابُ : أَنَّ النَّاسَ أَجْمَعُوا عَلَى تَسْمِيَةِ ذَلِكَ هَبَةً ، وَهَدِيَّةً ، وَصَدَقَةً ، وَلِأَنَّ الْإِبَاحَةَ تَخْتَصُّ بِالْمَبَاحِ لَهُ ، وَقَدْ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ : (إِذَا أَهْدَى إِلَيْهِ شَيْءٌ . . يُهْدِيهِ إِلَى زَوْجَاتِهِ وَغَيْرِهِنَّ ، وَقَدْ أَهْدَيْتَ لَهُ حُلَّةً ، فَأَهْدَاهَا لِعَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ)^(٢) .
وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ .

= وأورده ابن عبد البر في «الاستيعاب» (٤٨٩/٤ - ٤٩٠) هامش «الإصابة» ، وأيضاً من طريق موسى بن عقبة ابن حجر في «الإصابة» (١٤٧٢) قسم النساء ونسبه إلى ابن أبي عاصم في «الوحدان» ثم قال : ورواه مسدد عن مسلم بن خالد لكن لم ينسبها أخرجه ابن منده من طريقه فقال : أم كلثوم غير منسوبة .

وعن أم سلمة رضي الله عنها أخرجه ابن حبان في «الإحسان» (٥١١٤) بإسناد ضعيف ، وفيه : (وَرُدَّتْ الْهَدِيَّةُ ، فَدَفَعَ النَّبِيُّ ﷺ إِلَى كُلِّ امْرَأَةٍ مِنْ نِسَائِهِ أَوْقِيَّةً مِنْ مَسْكٍ وَدَفَعَ الْحِلَّةَ وَسَائِرَ الْمَسْكِ لَأُمِّ سَلَمَةَ) .

(١) يدل لذلك حديث الصعب بن جثامة عند البخاري (٢٥٧٣) في الهبة ، باب : قبول الهدية وفيه : (أَنَّهُ أَهْدَى لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ حِمَاراً وَحَشِيّاً) .

وعن عائشة الصديقة رواه البخاري (٢٥٧٤) : (أَنَّ النَّاسَ كَانُوا يَتَحَرَّوْنَ بِهَدَايَاهُمْ يَوْمَ عَائِشَةَ) .

وعن ابن عباس روى البخاري (٢٥٧٥) : (أَهْدَتْ أُمُّ حَفِيدٍ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ أَقْطاً وَسَمْنًا وَأَضْباً . . .) . وَفِي الْبَابِ الشَّيْءُ الْكَثِيرُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٢) أخرجه عن علي أبي الحسن مسلم (٢٠٧١) ، وأبو داود (٤٠٤٣) في اللباس ، والنسائي في =

مسألة : [لزوم الهبة بالقبض] :

ولا تلزُم الهبةُ إلاَّ بالقبض : فإذا وهبَ لغيره عيناً . فالواهبُ بالخيار : إن شاء أقبضَ الموهوبَ له ، وإن شاء لم يقبضه . وبه قال الثوري وأبو حنيفة .

وقال مالك : (تلزُم الهبةُ بالإيجاب والقبول من غير قبض ، فإن أمتنع الواهب من الإقباض . . رفعه الموهوبُ له إلى الحاكم ؛ ليُجبره على الإقباض) ، كما قال في الرهن ، وقال : (إذا أعارَ الرجلُ داره شهراً . . فقد لزم المعير ذلك ، وليس له أن يرجع في العارية قبل أنقضاء الشهر) .

دليلنا : ما روي : (أنَّ أبا بكرٍ نَحَلَ عائشةَ رضيَ اللهُ عنها جَدادَ عشرينَ وسقاً من ماله ، فلَمَّا حَضَرَتْهُ الوفاةُ . . قال : يا بُنَيَّةُ ، ما أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْكَ ولا أعزُّ عَلَيَّ فَقَدَا مِنْكَ) . وفي رواية : (ما أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غَنَى مِنْكَ ، ولا أعزُّ عَلَيَّ فَقراً مِنْكَ ، وإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكَ جَدادَ عشرينَ وسقاً من مالي ، وَودِدْتُ أَنَّكَ جَذَذْتَهُ وَحَزَيْتَهُ وَقَبَضْتَهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مالُ الْوَارِثِ ، وَإِنَّمَا هُم أَخَوَاكَ وَأُخْتَاكَ ، فَأَقْتَسِمُوهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ ، فَقَالَتْ : لَوْ كَانَ كَذَا وَكَذَا - تعني : أَكْثَرَ - لَتَرَكْتُهُ ، أَمَّا أَخَوَايَ . . فنعم ، وَأَمَّا أُخْتَايَ . . فما لي إِلَّا وَاحِدَةٌ : أَسْمَاءُ ، فَمَنْ الْأُخْرَى ؟! فَقَالَ : إِنَّهُ قَدْ أُلْقِيَ فِي رُوعِي - وفي رواية : أَنَّ رُوحَ الْقُدُسِ نَفَثَ فِي رُوعِي - أَنَّ فِي بَطْنِ بِنْتٍ خَارِجَةً جَارِيَةً وَكَانَتْ زَوْجَةً أَبِي بَكْرٍ بِنْتُ خَارِجَةٍ حَامِلاً فَوَلَدَتْ جَارِيَةً) .

قال : (و) (الروح) - بضمِّ الراء - : الذَّهْن ، و - بفتحها - : الزيادة .

ووجه الدلالة من الخبر : أَنَّهُ كَانَ وَهَبَهَا فِي صَحَّتِهِ ، وَإِنَّمَا لَمْ يُقْبِضْهَا حَتَّى مَرَضَ ، وَالْإِقْبَاضُ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ كَالْعَطِيَّةِ ، وَالْعَطِيَّةُ لِلْوَارِثِ لَا تَصَحُّ .

وقيل : إِنَّ الَّذِي كَانَ نَحَلَهَا ثَمَرَةً نَحَلَ .

= « الصغرى » (٥٢٩٨) في الزينة .

وينحوه عن علي أيضاً رواه البخاري (٢٦١٤) في الهبة ، ومسلم (٢٠٧١) (١٩) في اللباس . وفيه : (فلبستها فرأيت الغضب في وجهه فشققتها بين نسائي) .

وروي عن عُمرَ : أَنَّهُ قَالَ : (لَا تَسْمُ نَخْلَةً حَتَّى يَحْوِزَهَا الْمُنْحُولُ) ^(١) .

وروي ذلك : عن عثمانَ ، وأبنِ عُمرَ ، وأبنِ عَبَّاسٍ ^(٢) ، وعائشةَ ^(٣) ، ومعاذَ ، وأنسٍ ، ولا مخالفَ لَهُمْ ، فدلَّ على أَنَّهُ إِجْمَاعٌ ، ولأنَّهَا هِبَةٌ لَمْ تُقْبَضْ ، فكانتْ غيرَ لازِمَةٍ ، كما لو ماتَ الواهبُ قَبْلَ أَنْ يُقْبَضَ الموهوبُ ، فَإِنَّ وارثَ الواهبِ لا يجبرُ على الإقباضِ . وقد وافقنا مالكٌ على ذلك .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ الموهوبَ لَهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبِضَ إِلَّا بِإِذْنِ الواهبِ ، فَإِنْ قَبِضَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . . لَمْ يَصَحَّ الْقَبْضُ .

وقال أبو حنيفةَ : (إِذَا قَبِضَهُ الموهوبُ لَهُ فِي مجلسِ الهبةِ بِغَيْرِ إِذْنِ الواهبِ . . صَحَّ الْقَبْضُ ، وَإِنْ قَامَا مِنَ الْمَجْلِسِ . . لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْبِضَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ) .
دليلُنَا : أَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي الْقَبْضِ ، فَلَمْ يَصَحَّ لَهُ قَبْضُهُ ، كما لو قَامَا مِنَ الْمَجْلِسِ قَبْلَ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ .

فرعٌ : [القبض قبل الإيجاب والقبول] :

إِذَا أِذِنَ لَهُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ الْمَوْهوبَةِ قَبْلَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ . . لَمْ يَصَحَّ الْإِذْنُ ، كما لو شَرَطَ الْمُتَبَايِعَانِ الْخِيَارَ قَبْلَ الْعَقْدِ .

وإنَّ قَالَ : وَهَبْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ ، وَأَذِنْتُ لَكَ فِي قَبْضِهَا ، فَقَالَ الْمَوْهوبُ لَهُ : قَبِلْتُ . . فففيه قولان :

أَحَدُهُمَا - وَهُوَ قَوْلُ شَيْخِنَا الْإِمَامِ زَيْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْيَفَاعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ - : أَنَّهُ

(١) روى خبر عمر الفاروق عن أبي موسى الأشعري ابن حزم في « المحلى » (١٢٥ / ٩) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (١٧٠ / ٦) في الهبات . وفي (م) : (يقبضها) بدل (يحوزها) .

(٢) رواه عن ثلاثهم ومعاذ وشريح رضي الله عنهم البيهقي في « السنن الكبرى » (١٧٠ / ٦) في الهبات .

(٣) ويدل على رأي عائشة الصديقة ما رواه عنها أحمد في « المسند » (٧٧ / ٦) بلفظ : « يا عائشة من أعطاك بغير مسألة فأقبله ، فإنما هو رزق عرضه الله لك » .

لا يَصْحُ^(١) ؛ لِأَنَّهُ أَذِنَ فِي الْقَبْضِ قَبْلَ تَمَامِ الْعَقْدِ . فَلَمْ يَصْحَ ، كَمَا لَوْ أَذِنَ لَهُ فِي الْقَبْضِ قَبْلَ الْعَقْدِ .

ولأنه فصل بين الإيجاب والقبول بالإذن ، فلم يصح ، كما لو فصل بينهما بكلام .
و[الثاني] : قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ فِي « الْمَنْهَاجِ » ، وَالشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ فِي « التَّعْلِيقَةِ » : بِالْخِلَافِ - أَي - يَصْحُ .

وَوَجْهُ ذَلِكَ عِنْدِي : أَنَّ الْإِذْنَ شَرْطٌ فِي الْهَبَةِ ، فَلَمْ يَفْصَلْ بَيْنَ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ، كَذِكْرِ الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ^(٢) .

فِرْعُ : [رجوع الواهب قبل الإقباض] :

إِذَا وَهَبَ لَهُ عَيْنًا ، وَأَذِنَ لَهُ فِي قَبْضِهَا ، ثُمَّ رَجَعَ الْوَاهِبُ عَنِ الْإِذْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ . .
بَطَلَ الْإِذْنُ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ يَبْطُلُ بِالرَّجُوعِ .

وإن وهبه عيناً ، ثم باعها الواهب قبل القبض . . قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : فَإِنْ أَعْتَقَدَ أَنَّ الْهَبَةَ مَا تَمَّتْ . . صَحَّ بَيْعُهُ ، وَبَطَلَتِ الْهَبَةُ . وَإِنْ كَانَ يَعْتَقِدُ أَنَّ الْهَبَةَ قَدْ تَمَّتْ قَبْلَ الْقَبْضِ . . فَهَلْ يَصْحُ بَيْعُهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَصْحُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ وَهُوَ مُتَلَاعِبٌ ، وَأَنَّهُ لَيْسَ بِبَيْعٍ .

وَالثَّانِي : يَصْحُ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ صَادَفَ مِلْكَهُ .

وَإِذَا قَبَضَ الْمُوْهَبُ لَهُ الْعَيْنَ الْمُوْهَبَةَ بِإِذْنِ الْوَاهِبِ . . فَقَدْ مَلَكَهَا ، وَمَتَى يَمْلِكُهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

(١) فِي هَامِشِ نَسْخَةٍ : (يَرِيدُ أَنَّهُ لَا يَصْحُ الْإِذْنُ قَبْلَ وَقْتِهِ ، فَأَشْبَهَ الْإِذْنَ قَبْلَ الْإِيجَابِ ، وَلِأَنَّهُ فَصَلَ بَيْنَ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ فَلَمْ يَصْحَ) .

(٢) فِي هَامِشِ نَسْخَةٍ : (لِأَنَّ ذَلِكَ وَقْتُ سِيرِ فَلَمْ يَفْصَلْ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الشَّافِعِي نَصَّ : أَنَّ الْمَرْأَةَ لَوْ اسْتَدْعَتْ الطَّلَاقَ بِعَوْضٍ ثُمَّ ارْتَدَّتْ لَمْ يَكُنْ فَاصِلًا ، وَأَمَّا كَوْنُ الْإِذْنِ لَا يَصْحُ قَبْلَ الْقَبُولِ فَلَا يَبْعُدُ أَنْ يَصِيرَ كَمَا قَالُوا فِي عَقْدِ الرِّهْنِ مَعَ عَقْدِ الْبَيْعِ بَحِيثٌ لَا يَكُونُ أَحَدُ شَقِي الرِّهْنِ قَبْلَ لَفْظِ الْبَيْعِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ . إِسْمَاعِيلُ الْحَضْرَمِيُّ) .

[أحدهما] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : تَبَيَّنَ الْمَلِكُ أَنَّهُ مُلْكٌ بِالْعَقْدِ ، فَإِنْ حَدَثَ فِي الْعَيْنِ الْمَوْهُوبَةِ نَمَاءٌ بَعْدَ الْعَقْدِ وَقَبْلَ الْقَبْضِ . . كَانَ مُلْكاً لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ : (لَوْ وَهَبَ لَهُ عَبْدٌ قَبْلَ أَنْ يُهْلَلَ هِلَالُ شَوَّالٍ ، وَقَبِضَهُ بَعْدَ مَا أَهَلَ . . فَإِنَّ زَكَاةَ الْفَطْرِ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ) .

والثاني - وهو المنصوص - : (أَنَّهُ مُلْكُهُ مِنْ حِينَ الْقَبْضِ) .

فعلى هذا : يَكُونُ النَّمَاءُ الْحَادِثُ بَعْدَ الْعَقْدِ وَقَبْلَ الْقَبْضِ لِلْوَاهِبِ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ لَا تَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، فَلَا يَقَعُ الْمَلِكُ لِلْمَوْهُوبِ قَبْلَهُ ، كَمَا لَا يَمْلِكُ قَبْلَ تَمَامِ الْعَقْدِ .
وما حُكِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ : فَإِنَّمَا فَرَعَهُ عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ . هَذَا نَقَلَ أَصْحَابُنَا الْبَغْدَادِيِّينَ . وَحَكَى الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق/ ٣٥٤] هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ قَوْلَيْنِ .

فرع : [موت الواهب قبل الإقباض] :

إِذَا مَاتَ الْوَاهِبُ بَعْدَ الْعَقْدِ وَقَبْلَ الْقَبْضِ . . فَهَلْ تَبْطُلُ الْهَبَةُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أحدهما : تَبْطُلُ الْهَبَةُ ؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ ، فَبَطَلَتْ بِالمَوْتِ ، كَالْوَكَالَةِ .

والثاني - وهو المنصوص - : (أَنَّهَا لَا تَبْطُلُ) ؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ يُؤْوِلُ إِلَى الزُّرْمِ ، فَلَمْ تَبْطُلْ بِالمَوْتِ ، كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ . هَذَا نَقَلَ الْبَغْدَادِيُّينَ مِنْ أَصْحَابِنَا .

وَقَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق/ ٣٥٣] : إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْعَقْدِ وَقَبْلَ الْقَبْضِ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهَا تَمْلِكُ بِالْقَبْضِ . . بَطَلَ الْعَقْدُ . وَإِنْ قُلْنَا : تَبَيَّنَ بِالْقَبْضِ أَنَّهُ مُلْكٌ بِالْعَقْدِ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أحدهما : يَبْطُلُ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ رَكْنٌ فِي الْهَبَةِ ، كَمَا أَنَّ الْقَبُولَ رَكْنٌ فِي الْبَيْعِ ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْبَيْعَ يَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا بَعْدَ الْإِجَابِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ ، فَكَذَلِكَ هَذَا مِثْلُهُ .

والثاني : لَا يَبْطُلُ . وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ تَمَّ إِلَّا أَنَّ إِمْضَاءَهُ مَوْقُوفٌ عَلَى الْقَبْضِ ، فَصَارَ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ .

فرع : [أذن بالقبض ثم مات] :

إذا أذن له في القبض ، ثم مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، وقتلنا : لا تبطل الهبة . . بطل الإذن ؛ لأنه جائز ، فبطل بالموت .

قال أبو العباس : إذا بعث رجل مع رجل هدية إلى رجل ، فمات المهدي قبل أن يقبض المهدى إليه الهدية . . كان ذلك لورثة المهدي .

وكذلك إذا اشترى الحاج هدايا لأهل بيته وأصدقائه ، فمات قبل أن يصل . . كان ذلك لورثته ؛ لأن ملكه لم يزل عن ذلك كله .

فرع : [وهبه وأقبضه ثم نكل] :

إذا قال : وهبت داري هذه من فلان ، وأقبضته إيّاها ، فصدقه المقر له . . قبل إقراره ، وحكم للموهوب له بملك الدار .

فإن قال الواهب : لم أكن أقبضته ، فحلفوه أنني أقبضته :

قال الشافعي : (أخلف المقر له ؛ لجواز أنه لم يكن أقبضه) .

وإن قال : وهبت له هذه الدار ، وخرجت إليه منها . . قال الشافعي : (لم يكن ذلك إقراراً منه بالقبض ؛ لأن قوله : خرجت إليه منها يحتمل أنه أراد بالهبة) .

وإن قال : وهبت له هذه الدار وملكها . . لم يكن إقراراً منه بالقبض ؛ لجواز أن يعتقد أن القبض ليس بركن في الهبة ، وأنه لا يفترق إليه في لزوم الهبة على مذهب مالك .

فرع : [كساه ولم يرد الهبة] :

قال الطبري : إذا قال رجل لآخر : كسوتك هذا الثوب ، ثم قال : لم أرد الهبة . . قبل قوله . وقال أبو حنيفة : (لا يقبل) .

دليلنا : أن هذا اللفظ يصلح للإعارة والهبة ، فهو كما لو قال : حملتك على دابتي ، أو أخدمتك جاري .

وإن قال : أطعمتك هذا الطعام ، فأقبضه ، ثم قال : ما أردت به الهبة . فهل يُقبل قوله ؟ فيه قولان^(١) :

أحدهما : لا يُقبل . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه لا يطعم إلا ما ملكه .

والثاني : يُقبل ؛ لأن اللفظ يصلح للإباحة دون التملك ، فهو كما لو قال : أطعمتك أرضي .

وإن قال لرجل : لك هذه الأرض ، فأقبضها . لم يكن صريحاً في الهبة . وقال أبو حنيفة : (يكون صريحاً فيها) .

دليلنا : أن هذا اللفظ يصح من غير مالك على وجه الخبر ، فهو كما لو قال : هذه الدار لك ، ولم يقبضها .

وإن قال : منحتك هذه الدار ، أو هذا الثوب ، وقال : قبلت ، وأقبضه . كان ذلك هبة .

وقال أبو حنيفة : (لا يكون هبة إلا أن يُريدها ، وتكون عارية) .

دليلنا : أنه لفظ يصلح للتمليك ، فكان صريحاً في التملك ، كلفظ الهبة .

مسألة : [ما صح هبة كله صح هبة بعضه] :

كل عين صحت هبتها . . صح هبة جزء منها مشاع . وبه قال مالك .

وقال أبو حنيفة : (إن كانت مما لا ينقسم كالعبد والدابة والثوب وما أشبهها . .

صحت هبة جزء منها مشاع . وإن كانت مما ينقسم كالدار والأرض والطعام . لم يصح هبة جزء منها مشاع من الشريك ولا من غيره) .

قال : (وإن كان بين رجلين دار فوهباها لرجل بينهما . . صحت الهبة . وإن وهب

الرجل دارة لرجلين . . لم يصح) .

(١) في (م) : (وجهان) .

وقال أبو يوسف ومحمد : يصح هاهنا ، وإجارة المشاع عند أبي حنيفة لا تصح من الشريك ولا من غيره ، ورهن المشاع عنده لا يصح بحال .

دليلنا : ما روى أبو قتادة قال : خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى أتينا الرّوحاء ، فوجدنا حماراً وحشٍ معقوراً ، فأردنا أخذه ، فقال النبي ﷺ : « دَعُوهُ ، فَإِنَّهُ يُوشِكُ أَنْ يَجِيءَ صَاحِبُهُ » فجاء رجلٌ من فِهْرٍ - وَكَانَ هُوَ الَّذِي عَقَرَهُ - فقال : هُوَ لَكُمْ يا رسول الله ، فقال النبي ﷺ لأبي بكرٍ : « اِقْسِمُهُ بَيْنَ النَّاسِ »^(١) . فَوَجَّهَ الدَّلِيلَ مِنَ الْخَبَرِ : أَنَّ الرَّجُلَ وَهَبَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَصْحَابُهُ الْحِمَارَ مُشَاعاً ، فدلَّ على جوازِ هبةِ الْمُشَاعِ ، ولأنَّه مُشَاعٌ يصحُّ بيعُهُ . فصَحَّتْ هِبَتُهُ ، كَالَّذِي لَا يَنْقَسِمُ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنْ كَانَ الْمُوْهَبُ مِمَّا لَا يُنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ ، كَالْأَرْضِ وَالْدَّوْرِ :

قال الشيخ أبو حامد : فَإِنَّ الْقَبْضَ فِيهِ أَنْ يَخْلِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ^(٢) فَيُحْضِرُهُ إِيَّاهُ ، ويقولُ : خَلَيْتُ بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ فَتَسَلَّمَهُ .

وإن كَانَ مِمَّا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ . . فَإِنَّ الْقَبْضَ لَا يَحْصُلُ فِيهِ إِلَّا بِالنَّقْلِ ، فَإِنْ رَضِيَ الشَّرِيكَ الَّذِي لَمْ يَهَبْ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الشَّيْءُ فِي يَدِ الْمُوْهَبِ لَهُ . . جَازَ ، فَيَكُونُ نِصْفُهُ لَهُ وَنِصْفُهُ وَدِيعَةً . وَإِنْ لَمْ يَرْضَ الشَّرِيكَ الَّذِي لَمْ يَهَبْ بِذَلِكَ ، فَإِنْ وَكَّلَ الْمُوْهَبُ لَهُ الشَّرِيكَ لِيَقْبِضَ لَهُ . . صَحَّ . وَإِنْ لَمْ يَرْضَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا . . نَصَّبَ الْحَاكِمُ أَمِيناً لِيَقْبِضَ ذَلِكَ الشَّيْءَ ، وَيَنْقُلَهُ ، وَيَكُونُ فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ لِلْمُوْهَبِ وَالشَّرِيكَ .

فرعٌ : [الهبة لرجلين] :

وإن وَهَبَ رَجُلٌ لِرَجُلَيْنِ شَيْئاً ، فَقَبَلَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ . . صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي نِصْفِهِ لِلَّذِي قَبَلَ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَاحِدِ مَعَ الْآخَرِ بِمَنْزِلَةِ الْعَقْدَيْنِ .

(١) سلف عن أبي قتادة ، وذكره الحافظ ابن حجر في « تلخيص الحبير » (٢ / ٢٩٧) بما لا مزيد عليه .

(٢) أي بين الموهوب له والموهوب .

فرع : [ما لا يصح بيعه لا تصح هبته] :

وما لا يصح بيعه من المجهول ، وما لا يُقدَّر على تسليمه ، وما لم يتم ملكه عليه . . لا تصح هبته ؛ لأنه عقد تملك في حال الحياة ، فلم يصح فيما ذكرناه ، كالبيع .
فإن وهبه عيناً مجهولة . . لم تصح الهبة .
وقال مالك : (تصح الهبة) .

دليلنا : أنه تملك لا يتعلق بخطر ، فلم يصح في المجهول ، كالبيع . وقوله :
(بخطر) احتراز من الوصية .

وإن وهب المغصوب منه العين المنصوبة منه للغاصب . . صحَّت الهبة . وهل
تفتقر إلى الإذن بالقبض ؟ على وجهين ^(١) . مضى ذكرهما في الرهن .

وإن وهبها لغير الغاصب ممن يُقدَّر على انتزاعها من الغاصب . . صحَّت الهبة ، فإذا
أذن له في القبض ، فقبضه . . لزمت الهبة . وإن وكَّل الغاصب في القبض له ، فمضى
زمان يمكن فيه القبض . . صارت مقبوضة للموهوب له ، وزال الضمان عن الغاصب ؛
لأن الملك الذي صار مضموناً زال ، وصار مقبوضاً لملك آخر بإذنه ، بخلاف ما إذا وهبه
الغاصب ، وأذن له في قبضه . . فإن الضمان لا يزول عنه ؛ لأن الملك باقٍ لم يزُل .

وإن وهب المعير العين المستعارة منه للمستعير . . صحَّت الهبة . فإن أذن له في
القبض ، ومضى زمان الإمكان . . صار مقبوضاً عن الهبة .

وإن وهبها لغير المستعير . . صحَّت الهبة ، فإن وكَّلَه في القبض ، ومضى زمان
الإمكان . . صارت مقبوضة للموهوب له ، وبطلت العارية ؛ لزوال ملك المعير .

فرع : [هبة العين المؤجرة] :

وإن وهب المؤاجر العين المستأجرة لغير المستأجر . . ففيه وجهان ، بناء على
القولين في جواز بيعها :

(١) في (م) : (طريقين) .

فإن قلنا : تصح هبتها . فهل تصح هبة العين المرهونة بغير إذن المرتهن ؟ فيه وجهان ، حكاهما المسعودي [في « الإبانة » ق/ ٣٥٣] :

أحدهما : يصح ، كما تصح هبة المستاجر ، ولا يبطل الرهن ، بل إذا أنفك الرهن . . سلّم في الهبة ، كما تسلّم العين المستأجرة بعد أنقضاء الإجارة .

والثاني : لا تصح الهبة ؛ لأنّ الهبة تصرف بإزالة الملك ، والراهن ممنوع من التصرف بما يزيل الملك ، كما لا يجوز له بيع الرهن .

وهل تصح هبة الأرض المزروعة دون زرعها ؟ فيه وجهان ، حكاهما الطبري في « العدة » .

فرع : [تعليق الهبة على شرط مستقبل] :

ولا يجوز تعليق الهبة على شرط مستقبل ، كما قلنا في البيع .

وهل تبطل الهبة بالشروط الفاسدة ؟ فيه وجهان ، حكاهما الطبري في « العدة » :

أحدهما : تبطل - وهو المشهور - كما قلنا في البيع .

والثاني : تصح الهبة ويبطل الشرط ، كما قلنا في العمري والرّقبي . فإذا قلنا بهذا : فوهبة جارية حاملاً ، وأستثنى الواهب حملها . . بقي الحمل للواهب .

مسألة : [يقبل الهبة للصبي وليّه] :

قال الشافعي : (ويقبض للطفل أبوه) .

وجملة ذلك : أنّه إذا وهب غير وليّ الطفل للطفل هبة : فإن كان له أب أو جد ، وكان عدلاً . . قبل له الهبة ، وقبض له ؛ لأنّه هو المتصرف عنه . وإن كان فاسقاً . . لم يصح قبوله ولا قبضه ؛ لأنّه لا ولاية له عليه مع الفسق .

وإن لم يكن له أب ولا جد ، وكان الناظر في ماله الوصي من قبليهما ، أو الأمين من قبيل الحاكم . . قبل له الهبة ، وقبض له ؛ لأنّه المتصرف عنه .

وإن كان الواهب للطفل هو وليّه : فإن كان الولي عليه الوصي ، أو الحاكم ، أو

أَمِينَهُ . لَمْ يَصَحَّ قَبُولُهُ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ وَلَا قَبْضُهُ ، بَلْ يُنْصَبُ لَهُ الْحَاكِمُ أَمِيناً لِيَقْبَلَ لَهُ
 الْهَبَةَ ، وَيَقْبِضَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصَحُّ أَنْ يَبِيعَ مَالَهُ بِمَالِهِ ، فَلَمْ يَصَحَّ قَبُولُهُ لَهُ .
 وَإِنْ كَانَ وَلِيُّهُ أَبَاهُ أَوْ جَدَّهُ . . صَحَّ أَنْ يَقْبَلَ لَهُ الْهَبَةَ مِنْ نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَتَعَ
 مَالَهُ بِمَالِهِ .

قَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي «الْإِبَانَةِ» ق/٣٥٢] : وَهَلْ يَفْتَقِرُ إِلَى أَنْ يَتَلَفَّظَ بِالْإِيجَابِ
 وَالْقَبُولِ ، أَوْ يَكْفِيهِ أَحَدُهُمَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، وَالْمَشْهُورُ : أَنَّهُ لَا بَدَأَ أَنْ يَتَلَفَّظَ بِهِمَا .
 وَأَمَّا الْقَبْضُ :

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ إِذَا وَهَبَ لِغَيْرِهِ وَدِيعَةً فِي يَدِهِ لَا تَحْتَاجُ إِلَى الْقَبْضِ . . صَارَ ذَلِكَ
 مَقْبُوضاً لَهُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا بَدَأَ مِنَ الْقَبْضِ فِي هَبَةِ الْوَدِيعَةِ . . فَلَا بَدَأَ أَنْ يَقُولَ هَاهُنَا :
 وَقَبِضْتُ لَهُ مِنْ نَفْسِي .

وَإِنْ وَهَبَ الرَّجُلُ لِابْنِهِ الْبَالِغِ . . لَمْ يَصَحَّ حَتَّى يَقْبَلَ الْابْنُ الْهَبَةَ ، أَوْ وَكِيلُهُ . فَإِنْ
 قَبِلَ لَهُ الْأَبُ الْهَبَةَ . . لَمْ يَصَحَّ .
 وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : يَصَحُّ إِذَا كَانَ يَعُولُهُ^(١) .

دَلِيلُنَا : أَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ ، فَلَمْ يَصَحَّ قَبُولُهُ لَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ لَا
 يَعُولُهُ .

فِرْعُ : [الْهَبَةُ لِلْغَائِبِ لَا يَقْبِضُهَا الْوَكِيلُ] :

قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ : فَإِنْ وَهَبَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ غَائِبٍ هَبَةً ، فَوَكَّلَ الْوَاهِبُ رَجُلًا لِيَقْبَلَ
 الْهَبَةَ لِلْغَائِبِ مِنْهُ ، وَيَقْبِضَهَا مِنْهُ . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّ الْوَاهِبَ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الْغَائِبِ^(٢) ،
 فَلَمْ يَصَحَّ تَوَكِيلُهُ عَنْهُ .

(١) وجاء عند عبد الرزاق في «المصنف» (١٦٥٤٦) كان ابن أبي ليلى يقول : يرجع فيها دون
 القاضي .

(٢) روى عبد الرزاق في «المصنف» (١٦٥٥٣) عن سفيان قال : لا يرجع الواهب في هبته إذا
 كان الموهوب له غائبا .

مسألة : [رجوع الأصل في هبته لفرعه] :

وإذا وهب أحد الأبوين لولده شيئاً . جاز له الرجوع فيه ، سواء أقبضه إياه ، أو لم يقبضه .

وكذلك إذا وهب أحد الأجداد ، أو الجدات من قبل الأب ، أو الأم وإن علا شيئاً لولد الولد وإن سفل ، وأقبضه . . فله أن يرجع عليه . هذا نقل البغداديين من أصحابنا ، وبه قال الأوزاعي ، وأحمد ، وإسحاق .

وحكى الخراسانيون : أن الجدات من قبل الأب والأم ، والأجداد من قبل الأم ، هل يصح لهم الرجوع فيما وهبوه لولد الولد ؟ فيه قولان ؛ لأنهم لا يملكون التصرف في مال الولد بأنفسهم ، فليس^(١) لهم الرجوع في الهبة .

وقال أبو العباس ابن سريج : إنما يرجع الأب في هبته لولده إذا قال : إنما قصدت بالهبة ليزيد في بري ، أو يترك عقوقي ، ولم يفعل . فأما إذا أطلق الهبة . فإنه لا يرجع فيها .

والمشهور من المذهب : هو الأول .

وقال أبو حنيفة والثوري : (إذا وهب الوالد لولده ، وأقبضه . . لم يكن له أن يرجع عليه) .

وقال مالك : (إذا وهب الوالد لولده هبة ، فإن ظهر نفعها للولد ، بأن أتمته الناس فبايعوه أو زوجوه . . لم يكن له أن يرجع عليه ، وإن لم يظهر نفعها له . . جاز له الرجوع عليه) .

دليلنا : حديث النعمان بن بشير : أن النبي ﷺ قال له : « فأرجعه » .

وروى ابن عباس وأبن عمر : أن النبي ﷺ قال : « لا يحل لرجل أن يعطي عطية ،

(١) في (م) : (فلم يكن) .

أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا وَهَبَ لِوَلَدِهِ ^(١) .

فَأَمَّا إِذَا وَهَبَ لِغَيْرِ وَلَدِهِ ، أَوْ وَلَدَ وَلَدِهِ ، وَإِنْ سَفَلَ . . فليس له أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ لَهُ بَعْدَ إِقْبَاضِهِ لَهُ ، سِوَاكَ كَانَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، أَوْ أَجْنَبِيًّا .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : (إِذَا وَهَبَ لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، بِحَيْثُ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَنْثَى وَالْآخَرُ ذَكَرًا . . لَمْ يَحِلَّ لَهُ نِكَاحُهَا ، مِثْلُ : أَنْ يَهَبَ لِأَبِيهِ ، أَوْ لَجَدِّهِ ، أَوْ لَعَمِّهِ ، أَوْ لِخَالِهِ . . لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْإِقْبَاضِ ، وَهَكَذَا إِذَا وَهَبَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ . وَإِنْ وَهَبَ لِغَيْرِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، مِثْلُ : أَنْ يَهَبَ لِابْنِ عَمِّهِ ، أَوْ لِابْنِ خَالِهِ ، أَوْ لِابْنَةِ عَمِّهِ ، أَوْ كَانَ أَجْنَبِيًّا مِنْهُ . . فَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ فِي هِبَتِهِ لَهُ بَعْدَ الْإِقْبَاضِ) ؛ لَمَّا رَوَى عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَنَّهُ قَالَ : (مَنْ وَهَبَ لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ هِبَةً . . فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا ، وَمَنْ وَهَبَ لِغَيْرِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ . . فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يُثْبِتَهُ عَلَيْهِ) ^(٢) .

دَلِيلُنَا : مَا رَوَى أَبُو بَنْ عُبَّاسٍ ، وَأَبْنُ عُمَرَ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً ، أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا أُعْطِيَ وَلَدُهُ . وَمِثْلُ الرَّاجِعِ فِي هِبَتِهِ كَمِثْلِ الْكَلْبِ قَاءَ بَعْدَ مَا شَبِعَ ، ثُمَّ رَجَعَ فِي قَيْئِهِ » وَهَذَا أَوَّلَى مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي عَمْرِ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ مَا يَخَالِفُ قَوْلَ عُمَرَ أَيْضًا .

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ أَبُو دَاوُدَ (٣٥٣٩) فِي الْبَيْوَعِ ، وَالتِّرْمِذِيُّ (٢١٣٣) فِي الْوَلَاءِ ، وَالنَّسَائِيُّ فِي « الصَّغَرَى » (٣٦٩٠) وَ(٣٦٩١) فِي الْهَبَةِ ، وَابْنُ مَاجَةٍ (٢٣٧٧) ، وَابْنُ حَبَانَ فِي « الْإِحْسَانِ » (٥١٢٣) ، وَالدَّارِقُطْنِيُّ فِي « السَّنَنِ » (٤٢/٣) ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » (١٧٩/٦) فِي الْهَبَاتِ وَإِسْنَادُهُ صَحِيحٌ .

قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ .

قَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَحِلُّ لِمَنْ وَهَبَ هِبَةً أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا أَوْ لَوَدَهُ . وَاحْتِجَ بِهَذَا الْحَدِيثِ ، وَفِي الْبَابِ :

أَخْرَجَهُ عَنْ طَاوُوسٍ مَرْسَلًا الشَّافِعِيُّ فِي « تَرْتِيبِ الْمُسْنَدِ » (٥٨٤/٢) ، وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » (١٦٥٤٢) .

(٢) أَخْرَجَ خَبَرَ عُمَرَ مِنْ طَرِيقِ مَالِكٍ فِي « الْمَوْطَأِ » (٧٥٤/٢) ، وَمِنْ طَرِيقِ ابْنِ وَهَبٍ عَبْدِ الرَّزَّاقِ مَطْوَلًا فِي « الْمَصْنَفِ » (١٢٦٧١) فِي بَابِ نِكَاحِ نِسَاءِ أَهْلِ الْكِتَابِ وَ(١٦٥٢٤) فِي الْمَوَاهِبِ ، بَابُ : الْهَبَاتِ ، وَعَنْ ابْنِ الْمُسَيَّبِ عَنْهُ (١٦٥١٩) ، وَعَنْ ابْنِ عُمَرَ عَنْهُ (١٦٥٢٧) ، وَعَنْ إِبْرَاهِيمَ عَنْهُ (١٦٥٢٠) وَ(١٦٥٢٨) ، وَابْنُ حَزْمٍ فِي « الْمَحَلِّ » (١١٩/٩) وَ(١٢٨) .

فرع : [الصدقة على الولد] :

وإن تصدق على ابنه وأقبضه . . فهل يثبت له الرجوع عليه ؟ فيه وجهان :

[أحدهما] : من أصحابنا من قال : لا يصح رجوعه عليه ؛ لأن المقصود بالصدقة القربة إلى الله تعالى ، فلم يصح له الرجوع فيها بعد لزومها ، كالعتيق ، والقصد بالهبة صلة الرحم ، وإصلاح حال الولد .

والثاني - وهو المنصوص في « حرمة » - : (أن له أن يرجع ؛ لأن الصدقة تفتقر إلى ما تفتقر إليه الهبة ، من الإيجاب والقبول والإذن بالقبض ، والقبض فكان حكمها حكم الهبة في الرجوع ، بخلاف العتيق .

وإن تداعى رجلان نسب مولود ، وهما له قبل أن يلحق بأحدهما . . لم يجز لأحدهما أن يرجع عليه ؛ لأن بئوته لم تثبت من أحدهما . فإن لحق بأحدهما . . ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز له الرجوع عليه ؛ لأن بئوته ثبتت منه .

والثاني : لا يجوز له الرجوع عليه ؛ لأنه كان لا يجوز له الرجوع عليه في حال العقد .

فرع : [وهب الولد فمات فورثه ابنه] :

وإن وهب الرجل لولده هبة ، وأقبضه إيّاها ، ثم وهبها الولد لولده ، أو مات الولد وورثه ولده . . فهل يجوز للجد أن يرجع فيها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يجوز له الرجوع فيها ؛ لأن للجد أن يرجع على ولد الولد فيما وهب له وهي في ملكه .

والثاني : لا يرجع فيها ، وهو الأصح ؛ لأن الملك لم ينتقل منه إليه ، فهو كما لو وهب لأجنبي ، ثم وهبها لأجنبي لابن الواهب .

وإن أبتاعها الولد من والده . . لم يرجع الجد فيها وجهاً واحداً ؛ لأنه إذا لم يثبت الرجوع فيها لمن أنتقل منه الملك بها ، فلأن لا يثبت لمن أنتقل منه بها الملك إلى الواهب أولى .

وإن وهب الرجل لولده شيئاً ، وأقبضه إيَّاه فوهبها هذا الولد لأخيه من أبيه . . فينبغي أن لا يثبت للأب فيها الرجوع وجهاً واحداً^(١) ؛ لأنه إذا لم يثبت الرجوع لمن أنتقل منه الملك ، فلأن لا يثبت لمن أنتقل منه إلى الواهب أولى .

فرع : [وهب لولده فأفلس وحجر عليه] :

وإن وهب لولده شيئاً ، وأقبضه إيَّاه ، فأفلس الولد وحجر عليه . . فهل للوالد أن يرجع فيما وهبه لولده قبل أن يفلس على الغرماء ؟ فيه وجهان : أحدهما : له أن يرجع فيه ؛ لأنَّ حقَّه أسبق .

والثاني : لا يجوز له الرجوع فيه ، وهو الأصح ؛ لأنَّ بالحجر تعلقت به حقوق الغرماء ، فهو كما لو رهنها^(٢) الولد .

قال المسعودي [في « الإبانة » ق/ ٣٥٤] : فإن أرتد الابن الموهوب له :

فإن قلنا : إنَّ ملكه باقٍ . . فللأب أن يرجع عليه .

وإن قلنا : إنَّ ملكه قد زال بالردة . . فليس للأب الرجوع عليه في حال ردته .

فإن عاد للإسلام . . فهل له الرجوع عليه ؟ على الوجهين في الولد إذا أفلس .

وإن قلنا : إنَّ ملكه موقوف ، فإن عاد إلى الإسلام . . فللأب الرجوع ؛ لأنَّا تبيننا أنَّ ملكه لم يزل .

(١) في حاشية نسخة : (القباس في هذه المسألة : أنه يجوز للإنسان أن يرجع في هبة ولده لأخيه من أبيه . والله أعلم) .

(٢) في (م) : (وهبها) .

فرع : [زيادة الهبة في يد الولد] :

وإذا وهب لولده عيناً وأقبضه إياها ، فزادت في يد الولد . . نظرت :
فإن كانت زيادة غير منفصلة عنها ، بأن كان عبداً فسمين ، أو تعلم القرآن ، أو كانت
جارية فسمنت ، أو تعلمت صنعة . . فللوالد أن يرجع في العين وزيادتها .
وحكى الطبري وجهاً لبعض أصحابنا : أنه لا يملك الرجوع هاهنا ، وهو قول
محمد بن الحسن .

وقال أبو حنيفة : (لا يرجع إلا أن تكون الزيادة تعلم قرآن ، أو إسلاماً ، أو قضاء
دين ، فلا تمنع الرجوع) .

دليلنا : أنها زيادة في الموهوب ، فلا تمنع الرجوع ، كما لو حدث قبل
القبض .

وإن كانت زيادة منفصلة ، بأن وهبه نخلة ، فأطلعت في يده وأبرها ، ثم رجع
الوالد . . كانت الثمرة للولد ؛ لأنها زيادة حدثت في ملك الولد ، فلم تتبع الأصل ،
كما قلنا في الرد بالعيب .

فأمّا إذا وهبه شاة ، أو بقرة حاملاً : فإن رجع الوالد قبل الوضع . . رجع في البهيمة
وحملها . وإن وضعت في يد الولد :

فإن قلنا : للحمل حكم . . رجع الوالد فيهما .

وإن قلنا : لا حكم للحمل . . رجع في الأم دون الولد .

وإن وهبها وهي حائل فحملت في يد الوالد : فإن ولدت في يد الولد . . رجع الولد
في الأم دون الولد ؛ لأنه نماء حدث في يد الولد . وإن رجع فيها قبل الوضع :

فإن قلنا : للحمل حكم . . رجع الوالد في الأم دون الولد .

وإن قلنا : لا حكم للحمل . . رجع الوالد فيها .

فرعٌ : [وهب ولده عيناً فأتلفها] :

وإن وَهَبَ لولدهِ عيناً ، وأَقْبَضَهُ إِيَّاهَا ، فَأَتْلَفَهَا الولدُ ، بَأَن كَانَ طعاماً فَأَتْلَفَهُ ، أو عبداً فَقَتَلَهُ . . لَمْ يَكُنْ لِلأَبِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ يَتَعَلَّقُ بِالعينِ ، والسينُ غيرُ موجودةٍ ، ولا يرجعُ في قيمَتِها ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ يَتَعَلَّقُ بِالعينِ دونَ القيمةِ .

وهكذا : لو كانتِ العينُ باقيةً ، إِلَّا أَنَّهَا قَدْ نَقَصَتْ في يدِ الولدِ . . رَجَعَ الوالدُ فِيهَا ، ولا يرجعُ بِأَرْشٍ ما نَقَصَتْ ، كما لا يرجعُ في قيمَتِها إِذَا كانتِ تالفةً .

وهكذا : لو كَانَ في معنى الإِتْلَافِ ، بَأَن كَانَ عبداً فَأَعْتَقَهُ ، أو كانتِ جاريةً فَاسْتَوْلَدَهَا الولدُ ؛ لِأَنَّ العينَ باقيةً ، وَإِنَّمَا تَلَفَ الرقُّ . . فليسَ للوالدِ أَنْ يَرْجِعَ في العينِ ولا في قيمَتِها .

وإنْ تَصَرَّفَ الولدُ في العينِ تَصَرُّفاً لَمْ يَتْلَفْهَا بِهِ . . نظرتَ :

فإنْ كَانَ تَصَرُّفاً لا يقطعُ تَصَرُّفَ الابنِ^(١) ، بَأَن كانتِ أُمَةٌ فزَوَّجَهَا الابنُ ، أو أَجْرَهَا ، أو دَبَّرَهَا ، أو أَعْتَقَهَا بصفوةٍ . . فَلِلأَبِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ الابنِ لَمْ يَنْقُطِعْ فِيهَا ، فإِذَا رَجَعَ . . لَمْ يَبْطُلِ النكاحُ ، ولا الإِجَارَةُ ، وَلَكِنْ إِذَا انْقَطَعَا . . رَجَعَتِ الْمَنْفَعَةُ لِلأَبِ .

وَأَمَّا التَّدْبِيرُ والعَتَقُ بالصفوةِ : فَيَبْطُلَانِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الابنِ قَدْ زَالَ .

وإنْ كَانَ تَصَرُّفُ الابنِ قَدْ انْقَطَعَ عَنِ العينِ ، بَأَن بَاعَ العينَ ، أو وَهَبَهَا وَأَقْبَضَهَا . . لَمْ يَكُنْ لِلأَبِ أَنْ يَرْجِعَ ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ الابنِ يَصْحُحُ فِيهَا ، فَهِيَ كَمَا لَوْ تَلَفَتْ .

فإنْ عَادَتِ العينُ إِلَى الابنِ ببيعٍ ، أو هبةٍ ، أو إِرْثٍ . . فَهَلْ لِلأَبِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّ العينَ موجودةٌ في مِلْكِ الابنِ .

والثاني : لا يرجعُ .

قالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الابنِ لَمْ يَكُنْ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ .

(١) في (م) : (الولد) في الموضعين .

فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ : وَكَانَ الْإِبْنُ قَدْ اشْتَرَاهَا بِشَمْنٍ فِي ذِمَّتِهِ ، وَأَفْلَسَ ، وَقُلْنَا : إِنْ الْإِفْلَاسَ لَا يَمْنَعُ الْأَبَ مِنَ الرَّجُوعِ ، وَالْإِبْنُ لَمْ يَدْفَعْ ثَمَنَ الْعَيْنِ . . فَإِنَّ بَائِعَهَا أَحَقُّ بِهَا مِنَ الْأَبِ وَمِنَ الْغُرَمَاءِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ تَعَلَّقَ بِهَا مِنْ جِهَةِ الْبَيْعِ .

وَإِنْ كَانَ تَصَرُّفُ الْإِبْنِ أَنْقَطَعَ عَنِ الْعَيْنِ أَنْقِطَاعاً مُرَاعَى ، بِأَنْ كَانَ قَدْ رَهْنَهُ ، أَوْ كَانَ عَبْدًا فَكَاتَبَهُ . . فَلَيْسَ لِلْأَبِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ الْإِبْنَ لَا يَصْخُحُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ ، فَكَذَلِكَ الْأَبُ .

فَإِنْ فَكَّ الرِّهْنَ ، أَوْ عَجَزَ الْمَكَاتِبُ فَفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ . . كَانَ لِلْأَبِ أَنْ يَرْجِعَ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْإِبْنِ قَدْ عَادَ إِلَيْهِ . هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ .

وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ فِي « الْمَجْرَدِ » وَجْهًا آخَرَ فِي الْمَكَاتِبِ : أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ وَرَقَّ . . كَانَ كَمَا لَوْ بَاعَهُ ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تَقْطَعُ تَصَرُّفَهُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

فِرْعُ : [جناية العبد الموهوب في يد الابن] :

وَإِنْ جَنَى الْعَبْدُ فِي مِلْكِ الْإِبْنِ فَتَعَلَّقَ الْأَرَشُ بِرَقَبَتِهِ :

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : فَلَيْسَ لِلْأَبِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ تَعَلَّقَ الْأَرَشُ بِرَقَبَتِهِ حَقٌّ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ رَهْنَهُ الْإِبْنُ .

قَالَ : فَإِنْ بَدَلَ الْأَبُ فَكَّهُ لِيَرْجِعَ فِيهِ . . كَانَ لَهُ ذَلِكَ . وَلَوْ كَانَ مُرْهُونًا فَبَدَّلَ الْأَبُ فَكَّهُ لِيَرْجِعَ فِيهِ . . لَمْ يَكُنْ لَهُ .

وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا : أَنَّ فَكَّ الرِّهْنِ فَسَخُ لِعَقْدِ الْمَوْهوبِ لَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ، وَهَاهُنَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ مِنْ جِهَةِ الْعَقْدِ .

فِرْعُ : [أرتجاع الموهوب من الولد] :

وَالرَّجُوعُ هُوَ أَنْ يَقُولَ الْأَبُ : أَرْتَجِعُهَا مِنْكَ ، أَوْ رَجَعْتُ فِيمَا وَهَبْتُهُ لَكَ . وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى قَضَاءِ قَاضٍ .

وقال أبو حنيفة : (لا يصح الرجوع إلا بقضاء قاضي) .

دللنا : أنه خيارٌ في فسحِ عقدٍ ، فلا يفتقرُ إلى قضاء قاضي ، كفسخِ العقدِ في خيارِ الثلاثِ .

وإن كان الموهوبُ جاريةً فوطئها الأب . . فهل يكون رجوعاً ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يكون رجوعاً ، كما لو وطئ البائع الجارية المبيعة بشرط الخيار ، في حال الخيارِ .

والثاني : لا يكون رجوعاً ؛ لأنَّ ملكَ الابنِ ثابتٌ عليها ، فلا يزولُ إلا بصريحِ الرجوعِ ، بخلافِ المبيعِ .

فإن باعَ الأبُ العينَ الموهوبةَ ، أو وهبها ، وأقبضها . . ففيه ثلاثة أوجه ، حكاها المسعوديُّ [في «الإبانة» ق/ ٣٥٥] :

أحدها - وهو الأصحُّ - : أنَّ الرجوعَ والبيعَ يصحانِ .

والثاني : أنَّ البيعَ والهبةَ لا يصحانِ ، ولا يصحُّ الرجوعُ .

والثالثُ : أنَّ الرجوعَ يصحُّ ، ولا يصحُّ البيعُ والهبةُ .

مسألةٌ : [الواهبون على ثلاثة أضرب] :

الواهبون على ثلاثة أضرب :

أحدها : هبةُ الأعلى للأدنى ، مثلُ : أن يهبَ السلطانُ لبعضِ الرعيَّةِ ، أو يهبَ الغنيُّ للفقيرِ .

قال الشيخُ أبو حامدٍ : أو يهبَ الأستاذُ لغلامِهِ ، فهذه لا تقتضي الثوابَ ؛ لأنَّ القصدَ مِنْ هذه الهبةِ القُرْبَةُ إلى الله تعالى ، دونَ المجازاةِ .

والثاني : هبةُ النظيرِ للنظيرِ ، كهبةِ السلطانِ لمثلهِ ، أو الغنيِّ لمثلهِ ، فهذه لا تقتضي الثوابَ أيضاً ؛ لأنَّ القصدَ بهذه الهبةِ الوصلةُ والمحبةُ .

الثالثُ : هبةُ الأدنى للأعلى ، مثلُ : أن يهبَ بعضُ الرعيَّةِ للسلطانِ شيئاً ، أو يهبَ الفقيرُ للغنيِّ ، أو يهبَ الغلامُ لأستاذه . . ففيه قولان :

قال في القديم : (يلزمه أن يُثبته) . وبه قال مالك ؛ لما روي عن عمر رضي الله عنه : أنه قال : (مَنْ وَهَبَ هبةً يَرْجُو ثوابها . . فهي ردُّ على صاحبها ما لم يُثب عليها)^(١) .

وروي : أن رجلاً سأل فضالة بن عبيد ، فقال : إني أهديت إلى رجلٍ بزيّاً فلم يُثبني عليه ، فقال : إن أثابك وإلا فأرجع وخذ بزيك .

ولأنَّ العرفَ والعادة : أنَّ مَنْ وَهَبَ لِمَنْ أَعْلَى مِنْهُ ، إنما يقصدُ به الثوابَ مِنَ المالِ ، فصارَ هذا العرفُ كالشرطِ^(٢) .

وقال في الجديد : (لا يلزمه أن يُثبته) . وبه قال أبو حنيفة ، وهو الأصحُّ ؛ لأنَّه تمليكٌ بغيرِ عَوْضٍ ، فلم يقتضِ ثواباً كهبةِ الأعلى لِمَنْ هُوَ دُونُهُ . وما روي عن عمرَ وفضالةَ بنِ عبيدٍ ، فقد روي عن ابنِ عباسٍ وابنِ عمرَ خلافُهُ . هذا نقلُ أصحابنا البغداديين .

وقال الخُراسانيون : إذا وَهَبَ لِمَنْ هُوَ في مثلِ حالِهِ . . فهل يقتضي إطلاقُ الهبةِ الثواب ؟ فيه قولان .

ومنهم مَنْ قال : إذا أطلقَ الهبةَ ، فإنَّ كانَ قد نوى الثوابَ . . استحقَّه ، وإنَّ لم ينو . . فهل يستحقُّه ؟ فيه قولان .

فإن قلنا : لا يستحقُّ إلاَّ معَ النيةِ ، فاختلفا : هل نوى أم لا ؟ ففيهِ وجهان : أحدهما : أنَّ القولَ قولُ الواهبِ ؛ لأنَّ الأصلَ أنَّه لم يرضَ بزوالِ ملكِهِ بغيرِ عَوْضٍ .

والثاني : أنَّ القولَ قولُ الموهوبِ لَهُ ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ النيةِ . والمشهورُ : طريقةُ البغداديين .

(١) أخرجه عن عمر عبد الرزاق في « المصنف » (١٢٦٧١) ، وسلف ، وفيه أيضاً : (ومن وهب هبة لغير ذي رحم فلم يثبه من هبته . . فهو أحق بها) و (١٦٥١٩) بلفظه في المواهب ، ونحوه عند البيهقي في « السنن الكبرى » (١٨٢ / ٦) في الهبات ، باب : المكافأة في الهبة .

(٢) للقاعدة : (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) .

فإذا قلنا بقوله الجديد ، وأنَّ الهبة لا تقتضي الثواب . . نظرت :

فإنَّ وَهَبَ لِمَنْ هُوَ أَعْلَى مِنْهُ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ الثَّوَابِ ، فَوَهَبَ الْمُوَهَّبُ لَهُ لِلْوَاهِبِ هِبَةً . . كَانَ ذَلِكَ أَبْتَدَاءَ عَطِيَّةٍ تَلْزَمُ بِالْقَبْضِ . وَإِنْ خَرَجَ أَحَدُهُمَا مَعِيّاً أَوْ مُسْتَحِقّاً . . لَمْ يَرْجِعْ صَاحِبُهَا بِهِتِهِ .

وإنَّ وَهَبُهُ بِشَرْطِ الثَّوَابِ : فَإِنْ كَانَ ثَوَاباً مَجْهُولاً . . بَطَلَتِ الْهِبَةُ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ يَنَافِي مُقْتَضَى الْهِبَةِ ، وَلِأَنَّهُ شَرْطٌ ثَوَاباً مَجْهُولاً ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَالْبَيْعِ بِشَمْنٍ مَجْهُولٍ ، فَإِنْ قَبِضَهَا الْمُوَهَّبُ لَهُ . . كَانَ حَكْمُهُ حَكْمُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ .

وإنَّ شَرْطَ ثَوَاباً مَعْلوماً . . فَهَلْ تَصَحُّ الْهِبَةُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(١) :

أَحَدُهُمَا : لَا تَصَحُّ الْهِبَةُ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ يَنَافِي مُقْتَضَاهَا ، فَلَمْ تَصَحَّ ، كَمَا لَوْ عَقِدَ النِّكَاحَ بِلَفْظِ الْهِبَةِ .

فَعَلَى هَذَا : إِذَا قَبِضَهُ كَانَ حَكْمُهُ حَكْمُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ .

وَالثَّانِي : تَصَحُّ الْهِبَةُ ، وَيَلْزَمُ الْمُوَهَّبُ الثَّوَابَ الْمَشْرُوطُ ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ تَمْلِكُ الْعَيْنَ ، وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّهُ لَوْ قَالَ : مَلَكَتُكَ هَذِهِ الْعَيْنَ ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْعَوَضَ . . كَانَ هِبَةً . وَلَوْ قَالَ : مَلَكَتُكُمَا بَدِينَارٍ . . صَحَّ وَكَانَ بَيْعاً ، فَكَذَلِكَ الْهِبَةُ بِالْعَوَضِ .

فإذا قلنا بهذا : فَحَكْمُهُ حَكْمُ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ فِي خِيَارِ الْمَجْلِسِ ، وَالثَّلَاثِ ، وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَالشُّفْعَةِ . هَذَا نَقْلُ أَصْحَابِنَا الْبَغْدَادِيِّينَ .

وَقَالَ الْخُرَاسَانِيُّونَ : هَلْ حَكْمُهُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ حَكْمُ الْبَيْعِ أَوْ حَكْمُ الْهِبَةِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : حَكْمُهُ حَكْمُ الْبَيْعِ أَعْتَاباً بِالْمَعْنَى ، لَوْجُودِ الْعَوَضِ فِيهِ .

وَالثَّانِي : حَكْمُهُ حَكْمُ الْهِبَةِ أَعْتَاباً بِاللَّفْظِ .

(١) فِي (م) : (قَوْلَانِ) .

وإن قال : وَهَبْتُكَ درهماً بدرهمين . . لم يصحَّ على الطريقين ؛ لأنه ربا .

وإن قلنا بقوله القديم . . نظرت : فإن أطلق ولم يشرط الثواب . . فالموهوب له بالخيار : بين أن يشبهه ، وبين أن يرد الموهوب :

فإن اختار أن يشبهه : ففي قدر ما يلزمه ثلاثة أقوال :

أحدها : يلزمه أن يشبهه إلى أن يرضى الواهب ؛ لما روى أبو هريرة : أنَّ أعرابياً أهدى للنبي ﷺ ناقةً ، فأعطاه بدلها ثلاثاً ، فلم يرض ، ثم أعطاه ثلاثاً ، فلم يرض ، ثم أعطاه ثلاثاً ، فرضي ، فقال النبي ﷺ : « لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ لَا أَنْهَبَ هِبَةً إِلَّا مِنْ قُرَشِيٍّ ، أَوْ أَنْصَارِيٍّ ، أَوْ ثَقَفِيٍّ ، أَوْ دَوْسِيٍّ »^(١) .

والثاني : يلزمه أن يشبهه بقدر قيمته . وهو قول مالك^(٢) ؛ لأنَّ كلَّ عقدٍ اقتضى العوض إذا لم يُسمَّ فيه عوضٌ . . وجبت فيه قيمة المعوض ، كالنكاح .

والثالث : يلزمه أن يشبهه ما يكون ثواباً لمثله في العادة ؛ لأنَّ هذا الثواب وجب بالعرف ، فوجب قدره بالعرف .

وحكى المسعودي [في « الإبانة » ق/ ٣٥٦] وجهاً آخر : أنه يلزمه أن يشبهه ما يقع عليه الاسم ؛ لأنه رضي بزوال ملكه بعوض ، وقد يشتري الشيء النفيس بالثمن القليل .

(١) أخرجه عن أبي هريرة أحمد في « المسند » (٢٩٢/٢) ، وأبو داود (٣٥٣٧) في البيوع ، والترمذي (٣٩٤٠) في المناقب ، والنسائي في « الصغرى » (٣٧٥٩) في الرقبى ، وابن حبان في « الإحسان » (٦٣٨٣) بإسناد حسن ولفظه : « لقد هممت أن لا أقبل هدية إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي » ، وفي الباب :

عن ابن عباس أخرجه ابن حبان في « الإحسان » (٦٣٨٤) بإسناد صحيح . وقال في « تلخيص الحبير » (٨٤/٣) : وكذا رواه الحاكم وصححه على شرط مسلم .

وفي حاشية نسخة : (قال الأصحاب : وإنما خص من ذكر لأنهم مشهورون بسماحة النفوس ، وقلة الطمع . من « شرح التنبيه » لابن الرفعة) .

(٢) في هامش نسخة : (لأن العادة أن الإنسان إذا وهب شيئاً قد ينتظر ثواباً أكثر منه بكثير . من « الإبانة ») .

فإن لم يثبته الموهوب .. فللواهب أن يرجع في العين الموهوبة إن كانت باقية ؛ لأنه لم يرض بزوال ملكه عنها إلا بعوض ، ولم يحصل العوض . فإن كانت زائدة زيادة متصلة .. رجع فيها وبزائدتها . وإن كانت زائدة زيادة منفصلة .. رجع فيها دون الزيادة ، كما قلنا في هبة الأب لولده .

وإن كانت العين تالفة .. فهل يرجع عليه بقيمتها ؟ فيه قولان^(١) :

أحدهما : لا يرجع عليه بقيمتها ؛ لأنها تلفت في ملكه ، فهو كما لو وهب الأب لابنه عيناً وتلفت في يده .

والثاني : يرجع عليه بقيمتها ؛ لأنه ملكها بعوض ، فإذا تلفت .. ضمنها بقيمتها . والمذهب الأول^(٢) .

وإن وجد العين وقد نقصت في يد الموهوب له .. رجع الواهب فيها ، وهل يرجع عليه بأرض النقص ؟ على الوجهين .

وإن وهبه بشرط الثواب :

فإن كان ثواباً مجهولاً ، بأن قال : وهبتك على أن تشيبنى ، فقال : قبلت .. صحَّت الهبة ؛ لأنَّ الهبة تقتضي الثواب ، وشرطه تأكيد .

وإن شرط ثواباً معلوماً .. فهل يصح ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا تصح ؛ لأنَّ الهبة تقتضي ثواباً مجهولاً ، فإذا شرط ثواباً معلوماً ، فقد شرط ما ينافي مقتضاها ، فلم يصح .

والثاني : يصح ؛ لأنَّ الهبة إذا صحَّت بشرط الثواب المجهول .. فلا تُنقض . فالمعلوم أولى .

(١) في (م) : (وجهان) .

(٢) في حاشية نسخة : (قال الشيخ أبو حامد في « التعليق » : المذهب أن له الرجوع ، وربما فهم من « البسيط » ، وصححه في « العزيز ») .

فرعٌ : [اختلفا على طلب البدل] :

وإن اختلفا فقال الواهب : وهبتك ببديل ، وقال الموهوب له : وهبتي بغير بدل . .
ففيه وجهان :

أحدهما : القول قول الواهب مع يمينه ؛ لأنه لم يُقرَّ بخروج ملكه إلا ببديل .

والثاني : القول قول الموهوب له ؛ لأنَّ الأصل براءة ذمته وعدم شرط البدل .

وإن وهبه جارية هبة تقتضي الثواب ، فقبضها الموهوب له ، ووطئها ، ولم يُشبِّه الواهب . . فللواهب أن يرجع في جاريته ، ولا مهر على الموهوب له ؛ لأنه وطئها في ملكه ، فهو كما لو وهب الأب لابنه جارية فوطئها الابن ثم رجع الأب عليه ، فإنه لا مهر عليه .

وإن وهب له ذهباً أو فضة هبة تقتضي الثواب ، فإن أتابه من جنس الأثمان . . نظرت :

فإن كان قبل التفريق . . صحَّ ذلك ، ويعتبر التساوي بينهما إن كانا من جنس واحد ، كما قلنا في البيع .

وإن كان بعد التفريق . . بطلت الهبة ؛ لأنَّ ذلك معاوضة .

وإن أتابه من غير جنس الأثمان . . جاز ، سواء كان قبل التفريق أو بعد التفريق ، كالبيع .

والله أعلم وبالله التوفيق

بابُ العُمَرَى والرُّقْبَى^(١)

العُمَرَى : نوعٌ مِنَ الهَبَةِ تَفْتَقِرُ إِلَى الإِجَابِ وَالْقَبُولِ ، وَلَا تَلْزَمُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، وَلَا يَصِحُّ الْقَبْضُ فِيهَا إِلَّا بِإِذْنِ الْوَاهِبِ .

وَفِي الْعُمَرَى ثَلَاثُ مَسَائِلَ :

إِحْدَاهُنَّ : أَنَّ يَقُولَ : أَعْمَرْتُكَ دَارِي هَذِهِ ، وَجَعَلْتُهَا لَكَ حَيَاتَكَ ، أَوْ عُمُرَكَ ، وَلَعَقِبِكَ بَعْدَكَ . فَإِذَا قَالَ الْآخَرُ : قَبِلْتُ ، وَأَذِنَ لَهُ فِي الْقَبْضِ ، فَقَبِضْ . . صَحَّ ، وَكَانَ ذَلِكَ هَبَةً . وَبِهِ قَالَ أَكْثَرُ الْفُقَهَاءِ .

وَمِنَ النَّاسِ مَنْ قَالَ : لَا تَجُوزُ الْعُمَرَى ؛ لِمَا رَوَى : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا تُعْمِرُوا وَلَا تُرْقِبُوا »^(٢) .

وَقَالَ مَالِكٌ : (يَكُونُ لِلْمُعْمَرِ فِي حَيَاتِهِ وَلَعَقِبِهِ ، فَإِذَا أَنْقَضَى . . رَجَعَتْ إِلَى الْمُعْمَرِ) .

وَدَلِيلُنَا : مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَلْعُمَرَى جَائِزَةٌ »^(٣) . وَرَوَى

(١) العمرى : أن يقول الرجل للرجل : هذه الدار لك عمري أو عمرك ، فإن مثَّ قبلي . . رجعت إليَّ وإن مثَّ قبلك فهي لك ، وهي مأخوذة من العمر . ويستأنس لها بقوله تعالى : « وَأَسْتَعْمِرُكُمْ فِيهَا » [هود : ٦١] أي أسكنكم فيها مدة أعماركم فصرتم عمارها .

والرقي : مأخوذة من المراقبة كأن كل واحد منهما يراقب موت صاحبه . فأبطل النبي ﷺ الشرط في هذه الهبات وأجاز الهبات لمن وهبت له . ونهاهم عن اشتراط الشروط ، وأعلمهم أنهم إن أرقبوا أو أعماروا بطلت الشروط وجازت الهبات .

(٢) أخرجه عن جابر بن عبد الله الشافعي في « ترتيب المسند » (٥٨٧ / ٢) في الهبة والعمرى ، وأبو داود (٣٥٥٦) في البيوع ، والنسائي في « الصغرى » (٣٧٣١) في العمرى ، والطحاوي في « شرح معاني الآثار » (٩٣ / ٤) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (١٧٥ / ٦) في الهبات . قال في « تلخيص الحبير » (٨٢ / ٣) : وصححه أبو الفتح القشيري على شرطهما .

(٣) أخرجه عن أبي هريرة أحمد في « المسند » (٣١٩ / ٢) وغيرها ، والبخاري (٢٦٢٦) ، ومسلم (١٦٢٦) في الهبات ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٣١٥ / ٥) في البيوع ، وأبو =

جابرٌ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا لَهُ وَلِعَقِبِهِ .. فَهُوَ لِلَّذِي يُعْطَاهَا ، لَا يَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا ؛ لِأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ » (١) .

يعني : أَنَّهُ وَرِثَ عَنِ الْمُعْطِي .

وفي روايةٍ أُخرى : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا تُعْمِرُوا ، وَلَا تُزَقِّبُوا ، فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا ، أَوْ أَزَقَّبَهُ .. فَهُوَ سَبِيلُ الْمِيرَاثِ . » .

وَأَمَّا النَّهْيُ : فَإِنَّمَا نَهَى عَمَّا كَانَ يَفْعَلُهُ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ ، وَهُوَ أَنَّهُمْ كَانُوا يَجْعَلُونَهَا لِلْمُعْمَرِ فِي حَيَاتِهِ ، فَإِذَا مَاتَ .. رَجَعَتْ إِلَى الْمُعْمِرِ .

المسألة الثانية :

إِذَا قَالَ : أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ ، أَوْ جَعَلْتُهَا لَكَ عُمْرَكَ ، أَوْ مَا عِشْتُ ، أَوْ مَا حَيَيْتَ ، وَأَطْلَقَ .. فَفِيهِ قَوْلَانِ :

[أَحَدُهُمَا] : قَالَ فِي الْجَدِيدِ : (تَصَحُّحٌ ، وَتَكُونُ لِلْمُعْمَرِ فِي حَيَاتِهِ ، وَلَوَرِثَتْهُ مِنْ بَعْدِهِ ، وَلَا تَرْجِعُ إِلَى الْمُعْطِي) . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لَمَّا رَوَى جَابِرٌ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا .. فَهُوَ لَهُ وَلِعَقِبِهِ » .

وَرَوَى جَابِرٌ : (أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ أَعْطَى أُمَّهُ حَدِيقَةً ، فَمَاتَتْ ، فَقَالَ : أَنَا أَحَقُّ بِهَا ؛ لِأَنِّي أَعْطَيْتُهَا مُدَّةَ حَيَاتِهَا ، فَقَالَ إِخْوَتُهُ : نَحْنُ فِيهَا شُرَكَاءُ ، فَأَخْتَصَمُوا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَجَعَلَهَا مِيرَاثًا بَيْنَهُمْ) (٢) .

= داود (٣٥٤٨) في البيوع ، والنسائي في « الصغرى » (٣٧٥٤) و (٣٧٥٥) في العمرى .

(١) أخرجه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما مسلم (١٦٢٥) في العمرى ، وأبو داود (٣٥٥٢) و (٣٥٥٣) و (٣٥٥٤) في البيوع ، والترمذي (١٣٥٠) في الأحكام ، والنسائي في « الصغرى » (٣٧٤٤) و (٣٧٤٥) و (٣٧٤٨) في العمرى ، وابن ماجه بنحوه (٢٣٨٠) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (١٧٢ / ٦) في الهبات . وفيه لفظ : « أيما رجل أعر عمرى له ولعقبه ... » .

(٢) أخرجه عن جابر أبو داود (٣٥٥٧) في البيوع ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (١٧٤ / ٦) في الهبات ، وقال : رواه أبو داود في « السنن » عن عثمان بن أبي شيبة نحو رواية ابنه عنه وليس بالقوي ، وقد رواه ابن عيينة بخلاف ذلك وهو مذكور في هذا الباب . =

وَأَمَّا الْقَوْلُ الْقَدِيمُ : فَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ :

فَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ الْمَرْوَزِيُّ : قَوْلُهُ الْقَدِيمُ : (إِنَّهَا تَكُونُ لِلْمُعَمَّرِ فِي حَيَاتِهِ ، فَإِذَا مَاتَ . . رَجَعَتْ إِلَى الْمَعْطِيِّ) ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « مَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا لَهُ وَلِعَقِبِهِ . . فَهُوَ لِلَّذِي يُعْطَاهَا ، لَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا » فَدَلِيلُ خُطَابِهِ ^(١) أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَشْرُطْ لِعَقِبِهِ . . فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا .

وَقَالَ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا : قَوْلُهُ الْقَدِيمُ : (إِنَّ الْعَطِيَّةَ تَكُونُ فَاسِدَةً) لِأَنَّهُ تَمْلِكُ عَيْنَ وَقْتِهِ ^(٢) ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَعْمَرْتُكَ هَذَا شَهْرًا ، أَوْ بَعَثْتُكَ هَذَا شَهْرًا .

المسألة الثالثة :

إِذَا قَالَ : أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ ، أَوْ جَعَلْتُهَا لَكَ حَيَاتَكَ ، أَوْ عُمرَكَ ، فَإِذَا مِتُّ عَادَتْ إِلَيَّ إِنْ كُنْتُ حَيًّا ، وَإِلَى وَرَثَتِي إِنْ كُنْتُ مَيِّتًا . . فَهِيَ كَالثَّانِيَةِ عَلَى قَوْلَيْنِ :

[الْأَوَّلُ] : عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ : تَكُونُ لِلْمُعَمَّرِ فِي حَيَاتِهِ ، وَلِوَرَثَتِهِ بَعْدَهُ .

و[الثاني] : عَلَى مَا حَكَاهُ أَبُو إِسْحَاقَ عَنِ الْقَدِيمِ : تَكُونُ عَلَى مَا شَرَطَ لِلْمُعَمَّرِ فِي حَيَاتِهِ ، فَإِذَا مَاتَ . . رَجَعَتْ إِلَى الْمَعْطِيِّ إِنْ كَانَ حَيًّا ، وَإِلَى وَرَثَتِهِ إِنْ كَانَ مَيِّتًا . وَعَلَى مَا حَكَاهُ غَيْرُهُ عَنِ الْقَدِيمِ . . تَكُونُ الْعَطِيَّةُ بَاطِلَةً .

فَإِنْ قِيلَ : هَلَّا قُلْتُمْ تَبْطُلُ الْهَبَةُ عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ ؛ لِأَنَّ الْعُمْرَى تَقْتَضِي التَّمْلِكَ عَلَى التَّابِيدِ ، فَإِذَا قُدِّرَ بِحَيَاةِ الْمُعَمَّرِ ، فَقَدْ شَرَطَ شَرْطًا يَنَافِي مَقْتَضَى الْعَقْدِ فَأَبْطَلَهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : وَهَبْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ سَنَةً ؟

فَالْجَوَابُ : أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ لَا يَبْطُلُ الْعُمْرَى ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ عَلَى الْمُعَمَّرِ ، وَإِنَّمَا

= وأخرج نحو القصة عنه عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٨٨٦) في العمرى ، ومسلم (١٦٢٥) (٢٨) في الهبات ، وفيه : (أعمرت امرأة بالمدينة حائطا لها ابناً لها ثم توفي ، وتوفيت بعده . . .) .

(١) يعني مفهوم مخالفته ، وجاء في حاشية نسخة : (هذه الطرق ذكرها في « التنبيه » ما خلا الطريقة التي تقول قولاً واحداً) .

(٢) وقته : أي قدره بمدة معينة .

هُوَ شَرْطٌ عَلَى وَرَثَتِهِ . فَإِذَا لَمْ يَكُنِ الشَّرْطُ عَلَى^(١) الْمَعْقُودِ لَهُ . . لَمْ يُوْثَّرْ فِي الْعَقْدِ ،
بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ : وَهَبْتُ لَكَ دَارِي سَنَةً ، فَإِنَّهُ لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ النِّقْصَانَ دَخَلَ فِي مِلْكِ
الْمَعْقُودِ لَهُ ، فَلَمْ يَصَحَّ .

فِرْعُ : [فِيمَنْ أَعْمَرَهُ دَارَهُ] :

إِذَا قَالَ رَجُلٌ لِّآخَرَ : جَعَلْتُ لَكَ هَذِهِ الدَّارَ عُمْرِي أَوْ حَيَاتِي . . ففِيهِ وَجْهَانِ^(٢) ،
حَكَاهُمَا الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق/ ٣٥٧] :

أَحَدُهُمَا - وَلَمْ يَذْكُرِ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ غَيْرَهُ - : أَنَّ الْحَكَمَ فِيهَا كَمَا لَوْ قَالَ : جَعَلْتُهَا
لَكَ عُمْرَكَ أَوْ حَيَاتَكَ ، عَلَى مَا مَضَى .

وَالثَّانِي : لَا تَصَحُّ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَعَلَهَا لِلْمَعْمَرِ مَدَّةَ حَيَاتِهِ . . فَكَأَنَّهُ أَبَدَ التَّمْلِيكَ
لَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَمْلِكُ الشَّيْءَ مَدَّةَ عُمْرِهِ .

فَأَمَّا إِذَا قَالَ : عُمْرِي أَوْ حَيَاتِي ، فَلَمْ يَجْعَلْهَا لَهُ مُؤَبَّدًا ؛ لِأَنَّ الْمَعْطَى قَدْ يَمُوتُ
وَالْمُعْمَرُ حَيٌّ ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَعْمَرْتُكَهَا شَهْرًا .

قَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق/ ٣٥٧] : وَهَكَذَا الْوَجْهَانِ إِذَا قَالَ : أَعْمَرْتُكَهَا عُمْرَ
زَيْدٍ ، أَوْ حَيَاتَهُ .

مَسْأَلَةٌ : [مَا يَعْطَى عَلَى سَبِيلِ الرُّقْبَى] :

وَأَمَّا الرُّقْبَى : فَهُوَ أَنْ يَقُولَ : أَرَقَبْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ ، أَوْ جَعَلْتُ دَارِي لَكَ رُقْبَى .
وَمَعْنَى هَذَا : أَنَّهَا لَكَ مَدَّةَ حَيَاتِكَ ، فَإِنْ مِتَّ قَبْلِي . . عَادَتْ إِلَيَّ ، وَإِنْ مِتُّ
قَبْلَكَ . . فَهِيَ لَكَ وَلِوَرَثَتِكَ بَعْدَكَ .

(١) فِي (م) : (مَعَ) .

(٢) فِي حَاشِيَةِ نَسَخَةٍ : (وَحَكَاهُمَا الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ فِي « التَّعْلِيْقَةِ » وَذَلِكَ أَنَّهُ قَالَ : فَإِنْ أَعْمَرَهُ
الْمَالِكُ فِي حَيَاةِ شَخْصٍ غَيْرِهِ ففِيهِ وَجْهَانِ) .

فهي كالمسألة الثانية من العمرى ، على القول الجديد : تكون للمرقب في حياته ولورثته بعده .

وأما على القول القديم : فعلى ما حكاه أبو إسحاق تكون للمرقب في حياته ، فإن مات والمعطي حي . . رجعت إليه . وإن مات المعطي أولاً . . كانت للمرقب في حياته ، ولورثته بعده .

وعلى ما حكاه غير أبي إسحاق عن القديم : تكون العطية باطلة .
لهذا مذهبنا ، وبه قال أبو يوسف .

وقال أبو حنيفة ومحمد : (الرقبي لا تملك ، وتكون عارية ؛ لأن معناها أنها لاخرنا موتاً ، فلا يصح التملك بهذا ؛ لأن التملك معلق بخطرٍ وغرر)^(١) .

وقال مجاهد : الرقبي هو : أن يقول : هذه الدار للآخر مني ومنك موتاً .

وتعلقوا بما روي : (أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبي)^(٢) .

ودليلنا : ما روى جابر : أن النبي ﷺ قال : « يا معشر الأنصار : أمسكوا علىكم أموالكم ، لا تغمروا ، ولا ترقبوا ، فمن أغمر شيئاً أو أرقبه . . فهو له ولورثته »^(٣) .

وفي رواية : أن النبي ﷺ قال : « العمرى جائزة لأهلها ، والرقبي جائزة لأهلها »^(٤) وما روه غير معروف .

(١) في هامش نسخة : (قد يصح التملك بهذا) .

(٢) يدل له ما أخرجه عن زيد بن ثابت أبو داود (٣٣٥٩) في البيوع ، والنسائي في « الصغرى » (٣٧٢٣) في العمرى ، ولفظه : « من أغمر شيئاً فهو لعمره محياه ومماته . ولا ترقبوا ، فمن أرقب شيئاً فهو سبيله . لا ترقبوا : لا تفعلوا ذلك حتى تندموا على فوات ما أرقبتم .

(٣) أخرجه بنحوه وبالألفاظ متقاربة عن جابر أحمد في « المسند » (٣١٢/٣) و (٣١٧) وغيرها ، ومختصراً مسلم (١٦٢٥) (٢٦) و (٢٧) في الهبات ، والنسائي في « الصغرى » (٣٧٣٦) و (٣٧٣٧) في العمرى ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٣١٤/٥) في البيوع والأقضية ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (١٧٣/٦) في الهبات .

(٤) أخرجه عن جابر أبو داود (٣٥٥٨) في البيوع ، والترمذي (١٣٥١) في الأحكام ، والنسائي في « الصغرى » (٣٧٣٩) في العمرى ، وابن ماجه (٢٣٨٣) ، ومختصراً البيهقي في « السنن »

فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ سَوَّيْتُمْ بَيْنَ مَعْنَى الْعُمَرَى وَالرُّقْبَى ، وَاخْتِلَافُ الْأَسْمَاءِ يَدُلُّ عَلَى
اِخْتِلَافِ الْمَسْمِيَّاتِ ؟

قُلْنَا : بَيْنَهُمَا فَرْقٌ ، وَذَلِكَ : أَنَّ الْمُعْمَرَ يَمْلِكُ مَا أُعْمِرَهُ مَدَّةَ عُمُرِهِ ، فَإِذَا مَاتَ . .
اِقْتَضَى ذَلِكَ أَنْ يَرْجَعَ إِلَى الْمُعْمِرِ ، أَوْ إِلَى وَرَثَتِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ بَاقِيًا .

وَأَمَّا الرُّقْبَى : فَاقْتَضَتْ أَنَّهُ مَلَكَهُ إِثَابًا ، فَإِنْ مَاتَ . . رَجَعَتْ إِلَى الْمُرْقِبِ . وَإِنْ
مَاتَ الْمُرْقِبُ قَبْلَهُ . . اسْتَقَرَّتْ عَلَى مِلْكِ الْمُرْقِبِ ، وَلَمْ تَرْجِعْ بِمَوْتِهِ إِلَى وَرَثَةِ الْمُرْقِبِ .

فَرَعٌ : [تُعْطَى الْعُمَرَى مِنَ الثَّلَاثِ] :

إِذَا قَالَ رَجُلٌ لِآخَرَ : إِذَا مِتُّ فَهَذِهِ الدَّارُ لَكَ عُمْرَكَ ، فَإِذَا مِتَّ عَادَتْ إِلَى وَرَثَتِي ،
فَإِذَا مَاتَ الْمَعْطَى ، وَخَرَجَتِ الدَّارُ مِنَ الثَّلَاثِ . . كَانَتْ عَلَى قَوْلَيْنِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : هَذِهِ
الدَّارُ لَكَ عُمْرَكَ ، فَإِذَا مِتُّ قَبْلِي ، عَادَتْ إِلَيَّ إِنْ كُنْتُ حَيًّا ، وَإِلَى وَرَثَتِي إِنْ كُنْتُ مَيِّتًا .

قَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي «الِإِبَانَةِ» ق/٣٥٧] : إِذَا قَالَ الشَّرِيكَانِ فِي الدَّارِ : هِيَ لِآخِرِنَا
مَوْتًا . . صَارَ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رُقْبَى لِصَاحِبِهِ ، وَقَدْ مَضَى بَيَانُ الرُّقْبَى .

مَسْأَلَةٌ : [صَحَّةُ إِبْرَاءِ صَاحِبِ الدِّينِ] :

وَمَنْ وَجَبَ لَهُ عَلَى غَيْرِهِ دَيْنٌ . . صَحَّ إِبْرَاؤُهُ مِنْهُ . وَهَلْ يَفْتَقَرُ إِلَى قَبُولِ الْبَرَاءَةِ مِمَّنْ
عَلَيْهِ الدَّيْنُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَفْتَقَرُ إِلَى قَبُولِهِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ مَنَّةً^(١) فِي إِسْقَاطِ الْحَقِّ عَنْهُ . . فَافْتَقَرَ إِلَى
قَبُولِهِ ، كَقَبُولِ الْهَبَةِ .

= الْكِبْرَى « (١٧٤/٦) فِي الْهَبَاتِ .

قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ ، وَقَدْ رَوَى بَعْضُهُمْ عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ بِهَذَا الْإِسْنَادِ عَنْ جَابِرٍ
مَوْقُوفًا وَلَمْ يَرْفَعِهِ ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيْرِهِمْ : أَنْ
الرَّقْبَى جَائِزَةٌ مِثْلُ الْعُمَرَى ، وَهُوَ قَوْلُ أَحْمَدَ وَإِسْحَاقَ ، وَفَرَّقَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ
وغيرهم بَيْنَ الْعُمَرَى وَالرَّقْبَى ، فَأَجَازُوا الْعُمَرَى ، وَلَمْ يَجِيزُوا الرَّقْبَى .

(١) الْمَنَّةُ : ذِكْرُ الْإِحْسَانِ وَالْإِفْضَالِ ، وَمِنْهُ يُقَالُ : الْمَنَّةُ تَهْدِمُ الصَّنِيعَةَ .

الثاني - وهو الأصح - : أنه لا يفتقر إلى قبوله ؛ لأنه إسقاط وليس بتمليك عين ، فلم يفتقر إلى القبول ، كإسقاط الشفعة والقصاص والعتيق ، بخلاف الهبة ، فإنها تمليك عين .

ولا يصح الإبراء من دين مجهول ؛ لأنه إزالة ملك ، فلم يصح مع الجهل به ، كالهبة . فإن قال : أبرأتك من دينار إلى مئة دينار ، وكان يعلم أنه يستحق ذلك عليه . . . صحّت البراءة . وإن أبرأه من دين وكان له الدين لا يعلم أنه يستحق ذلك عليه ، ثم بان أنه كان يستحقه عليه . . . فهل تصح البراءة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تصح البراءة ؛ لأنها وافقت وجوب الدين .

والثاني : لا تصح ، وهو الأصح ؛ لأنه عقد البراءة ، وهو متلاعب .

وإن قال : تصدقت عليك بالدين الذي لي عليك . . . صح ذلك ، وكان براءة بلفظ الصدقة ؛ لقوله تعالى :

﴿ وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَن يَصَدَّقُوا ﴾ [النساء : ٩٢] .

وقوله تعالى :

﴿ وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ يَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] .

وأراد بالصدقة في الآيتين البراءة .

قال أبو العباس : وهذا يدل على صحّة البراءة بلفظ الصدقة ، وعلى أنّ الصدقة تصح على الغني والفقير ، وعلى أنّ صدقة التطوع تصح على بني هاشم ، وبني المطّلب ؛ لأنه لم يفرّق في الآيتين .

وإن وهب دينه لمن هو في ذمته . . . صحّت الهبة وجهاً واحداً ؛ لأنّ الهبة والصدقة واحد ، فإذا صحّت الصدقة . . . صحّت الهبة ، وهل يكون حكمها حكم الإبراء ، لا يفتقر إلى القبول على الأصح ، أو حكم الهبة يفتقر إلى القبول ، ولا يلزم حتى تمضي مدة يتأتى فيها القبض ؟ على وجهين .

فإن وهب من له الدين دينه لغير من هو عليه ، أو باعه منه ، وكان الدين مستقرّاً . . . فهل يصحان ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يصحّان ؛ لأنّه غير مقدور على تسليمه .

والثاني : يصحّان ، وهو الأصحّ ؛ لأنّ الذمّ تجري مجرى الأعيان ، بدليل : أنّ الرجل يبتاع بعين ماله ، ويبتاع بثمر في ذمّته . وكذلك يبيع عين ماله ، ويبيع ما في ذمّته ، وما جاز بيعه وأبّباعه . . جازت هبته ؛ لأنّه لا خلاف أنّ الحوالة تصحّ ، وهي في الحقيقة بيع ، فكذلك البيع .

فإذا قلنا بهذا : فهل يفتقر لزوم الهبة إلى الإذن بالقبض ، وإلى القبض ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يفتقر إلى ذلك ؛ لأنّ هذا شرط في لزوم الهبة في العين ، فكذلك في الدّين .

والثاني : لا يفتقر إلى ذلك ، وهو الأصحّ ، كالحوالة لا يُعتبر فيها القبض .

والله أعلم وبالله التوفيق

* * *

کتاب الوصایا

ان البيان البيان البيان

١٠٠٠

1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 101. 102. 103. 104. 105. 106. 107. 108. 109. 110. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 121. 122. 123. 124. 125. 126. 127. 128. 129. 130. 131. 132. 133. 134. 135. 136. 137. 138. 139. 140. 141. 142. 143. 144. 145. 146. 147. 148. 149. 150. 151. 152. 153. 154. 155. 156. 157. 158. 159. 160. 161. 162. 163. 164. 165. 166. 167. 168. 169. 170. 171. 172. 173. 174. 175. 176. 177. 178. 179. 180. 181. 182. 183. 184. 185. 186. 187. 188. 189. 190. 191. 192. 193. 194. 195. 196. 197. 198. 199. 200. 201. 202. 203. 204. 205. 206. 207. 208. 209. 210. 211. 212. 213. 214. 215. 216. 217. 218. 219. 220. 221. 222. 223. 224. 225. 226. 227. 228. 229. 230. 231. 232. 233. 234. 235. 236. 237. 238. 239. 240. 241. 242. 243. 244. 245. 246. 247. 248. 249. 250. 251. 252. 253. 254. 255. 256. 257. 258. 259. 260. 261. 262. 263. 264. 265. 266. 267. 268. 269. 270. 271. 272. 273. 274. 275. 276. 277. 278. 279. 280. 281. 282. 283. 284. 285. 286. 287. 288. 289. 290. 291. 292. 293. 294. 295. 296. 297. 298. 299. 300. 301. 302. 303. 304. 305. 306. 307. 308. 309. 310. 311. 312. 313. 314. 315. 316. 317. 318. 319. 320. 321. 322. 323. 324. 325. 326. 327. 328. 329. 330. 331. 332. 333. 334. 335. 336. 337. 338. 339. 340. 341. 342. 343. 344. 345. 346. 347. 348. 349. 350. 351. 352. 353. 354. 355. 356. 357. 358. 359. 360. 361. 362. 363. 364. 365. 366. 367. 368. 369. 370. 371. 372. 373. 374. 375. 376. 377. 378. 379. 380. 381. 382. 383. 384. 385. 386. 387. 388. 389. 390. 391. 392. 393. 394. 395. 396. 397. 398. 399. 400. 401. 402. 403. 404. 405. 406. 407. 408. 409. 410. 411. 412. 413. 414. 415. 416. 417. 418. 419. 420. 421. 422. 423. 424. 425. 426. 427. 428. 429. 430. 431. 432. 433. 434. 435. 436. 437. 438. 439. 440. 441. 442. 443. 444. 445. 446. 447. 448. 449. 450. 451. 452. 453. 454. 455. 456. 457. 458. 459. 460. 461. 462. 463. 464. 465. 466. 467. 468. 469. 470. 471. 472. 473. 474. 475. 476. 477. 478. 479. 480. 481. 482. 483. 484. 485. 486. 487. 488. 489. 490. 491. 492. 493. 494. 495. 496. 497. 498. 499. 500. 501. 502. 503. 504. 505. 506. 507. 508. 509. 510. 511. 512. 513. 514. 515. 516. 517. 518. 519. 520. 521. 522. 523. 524. 525. 526. 527. 528. 529. 530. 531. 532. 533. 534. 535. 536. 537. 538. 539. 540. 541. 542. 543. 544. 545. 546. 547. 548. 549. 550. 551. 552. 553. 554. 555. 556. 557. 558. 559. 560. 561. 562. 563. 564. 565. 566. 567. 568. 569. 570. 571. 572. 573. 574. 575. 576. 577. 578. 579. 580. 581. 582. 583. 584. 585. 586. 587. 588. 589. 590. 591. 592. 593. 594. 595. 596. 597. 598. 599. 600. 601. 602. 603. 604. 605. 606. 607. 608. 609. 610. 611. 612. 613. 614. 615. 616. 617. 618. 619. 620. 621. 622. 623. 624. 625. 626. 627. 628. 629. 630. 631. 632. 633. 634. 635. 636. 637. 638. 639. 640. 641. 642. 643. 644. 645. 646. 647. 648. 649. 650. 651. 652. 653. 654. 655. 656. 657. 658. 659. 660. 661. 662. 663. 664. 665. 666. 667. 668. 669. 670. 671. 672. 673. 674. 675. 676. 677. 678. 679. 680. 681. 682. 683. 684. 685. 686. 687. 688. 689. 690. 691. 692. 693. 694. 695. 696. 697. 698. 699. 700. 701. 702. 703. 704. 705. 706. 707. 708. 709. 710. 711. 712. 713. 714. 715. 716. 717. 718. 719. 720. 721. 722. 723. 724. 725. 726. 727. 728. 729. 730. 731. 732. 733. 734. 735. 736. 737. 738. 739. 740. 741. 742. 743. 744. 745. 746. 747. 748. 749. 750. 751. 752. 753. 754. 755. 756. 757. 758. 759. 760. 761. 762. 763. 764. 765. 766. 767. 768. 769. 770. 771. 772. 773. 774. 775. 776. 777. 778. 779. 780. 781. 782. 783. 784. 785. 786. 787. 788. 789. 790. 791. 792. 793. 794. 795. 796. 797. 798. 799. 800. 801. 802. 803. 804. 805. 806. 807. 808. 809. 810. 811. 812. 813. 814. 815. 816. 817. 818. 819. 820. 821. 822. 823. 824. 825. 826. 827. 828. 829. 830. 831. 832. 833. 834. 835. 836. 837. 838. 839. 840.

Journal of Management Studies, 19(6), 707-728.

1. The first part of the document is a list of references. The references are listed in a standard format, including the author's name, the title of the work, and the publisher. The references are as follows:

1. The first part of the document is a list of references. The references are listed in a standard format, including the author's name, the title of the work, and the publisher. The references are as follows:

(The following information was obtained from the records of the Department of Health and Human Services, Office of Inspector General, Washington, D.C.)

كتاب الوصايا (١)

الْوَصِيَّةُ : مأخوذةٌ مِنْ قولهم : وَصَّيْتُ الشَّيْءَ أَصْنَهٗ إِذَا وَصَلْتَهُ ؛ لِأَنَّ الموصِيَّ يَصِلُ ما كَانَ مِنْهُ فِي حَيَاتِهِ بما بَعْدَهُ مِنْ أَمْرِ مِمَّاتِهِ .

وَالْأَصْلُ فِي ثَبُوتِ الْوَصِيَّةِ : الْكِتَابُ ، وَالسُّنَّةُ ، وَالْإِجْمَاعُ .

أَمَّا الْكِتَابُ : فَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ ﴾ [النساء : ١٢] .

وَأَمَّا السُّنَّةُ : فَمَا رَوَى : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَا حَقُّ أَمْرِيءٍ مُسْلِمٍ عِنْدَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ يَبْيُتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ » (٢) .

(١) الوصايا : جمع وصية ، وهي لغة : العهد والإيصال إلى الغير في القيام بأمر من الأمور ؛ لِأَنَّ الموصي يصل خير دنياه بخير عقباه .

وشرعاً : تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، أو هو تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت .

والحكمة من تشريعها : تحقيق مصلحة الموصي في تحصيل الأجر والثواب وتحقيق مصلحة للناس لأنها من أنواع الإنفاق في وجه الخير التي يستفيد منها الفرد والمجتمع ، والصدقة في الحياة أفضل من الوصية ؛ لِأَنَّ النور الذي يتقدمك أفضل من الذي يليك أو يلحقك .
ويقال : وَصَّى وَأَوْصَى بِمعنى واحد . قال ذو الرمة :

نصي الليل بالأيام حتى صلاتنا مقاسمة يشق أنصافها السفر
أي نصل الليل بالأيام .

(٢) أخرجه عن ابن عمر مالك في « الموطأ » (٢/٧٦١) ، وأورده الشافعي في « الأم » (٤/١٨) ، و« مختصر المزني » (٣/١٥٩) ، والبخاري (٢٧٣٨) في الوصايا ، ومسلم (١٦٢٧) في الوصية ، وأبو داود (٢٨٦٢) ، والترمذي (٢١١٩) ، والنسائي في « الصغرى » (٣٦١٥) و(٣٦١٨) ، وابن ماجه (٢٧٠٢) ، وابن الجارود في « المتنقى » (٩٤٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٦/٢٧٢) في الوصايا وفيها : « مكتوبة عنده » .

جاء في حاشية نسخة : (ما حق امرئ مسلم : ما لامرئ أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده =

وروي : (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا قَدِمَ الْمَدِينَةَ . . سَأَلَ عَنِ الْبَرَاءِ بْنِ مَعْرُورٍ ، فَقَالُوا لَهُ : إِنَّهُ هَلَكَ ، وَأَوْصَى لَكَ بِثَلَاثٍ مَالِهِ ، فَقَبِلَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، ثُمَّ رَدَّهُ عَلَى وَرَثَتِهِ)^(١) .

وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ : فروي : (أَنَّ أَبَا بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَصَّى بِالْخِلَافَةِ إِلَى عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ)^(٢) . و : (لَمَّا طُعِنَ عُمَرُ . . أَوْصَى بِالْخِلَافَةِ إِلَى أَهْلِ الشُّوْرَى ، وَهُمْ سِتَّةٌ : عِثْمَانُ ، وَعَلِيٌّ ، وَطَلْحَةُ ، وَالزُّبَيْرُ ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ ، وَسَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ)^(٣) .

وظهر ذلك في الصحابة رضي الله عنهم ، ولم يخالفهما أحدٌ ، بل عمل به^(٤) .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ مَا يَوْصِي بِهِ الْإِنْسَانُ ضَرِيانِ ، وَصِيَّةٌ بِالنَّظَرِ فيما كَانَ النَّظَرُ لَهُ فِيهِ ، وَوَصِيَّةٌ بِثَلَاثٍ مَالِهِ^(٥) .

= مكتوبة ويحتمل : ما المعروف في الأخلاق إلا هذا الفرض . عن القاضي حسين من « شرح التنبيه » لابن الرفعة . ما حق امرئ : ما حقه من جهة الحزم والاحتياط إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده إذا كان يريد أن يوصي ، فإنه لا يدري متى توافيه منيته فتحول بينه وبين ما يريد من ذلك ، وفي الحديث : أن الوصية ليست بواجبة وهو قول عامة الفقهاء ، لكن ذهب بعض التابعين إلى الوجوب . والله أعلم .

(١) أخرجه عن أبي قتادة الطبراني في « الكبير » (١١٨٥) . قال عنه الهيثمي في « مجمع الزوائد » (٢١٦/٤) : رواه الطبراني وتابعيه لم أعرفه ، وبقية رجاله ثقات . وكذا أورده عنه الحافظ في « الإصابة » ت (٦٢٢) ، وفيه أيضاً : وروى ابن شاهين بإسناد لين من طريق عبد الله بن أبي قتادة حدثني أمي عن أبي : أن البراء . . نحوه .

(٢) أخرج خبر خلافة عمر بتولية أبي بكر رضي الله عنه له عن زيد بن الحارث ، وقيس بن أبي حازم وعائشة وغيرهم ابن أبي شيبة في « المصنف » (٥٧٤ و ٥٧٥) ، وأبو نعيم في « الحلية » (٣٦/١) ، وأورده في كنز العمال (١٤١٧٤) و (١٤١٧٥) و (١٤١٧٦) و (١٤١٧٧) و (١٤١٧٨) و (١٤١٧٩) فانظره .

(٣) أخرج خبر عمر رضي الله عنه في قصةبيعة عثمان عن عمرو بن ميمون البخاري (٣٧٠٠) ، وابن سعد في « الطبقات » (٣٣٧/٣ - ٣٣٨) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٥٧٥/٨) - ٥٧٧) في المغازي ، باب : ما جاء في خلافة عمر بن الخطاب .

(٤) قال ابن المنذر في « الإجماع » (٣٤٤) : وأجمعوا أن الوصية إلى المسلم الحر الثقة العدل جائزة .

(٥) يدل له حديث سعد بن أبي وقاص الآتي رواه البخاري (١٢٩٥) في الجنائز و (٢٧٤٢) ، =

فَأَمَّا الوَصِيَّةُ بالنَّظَرِ : فَإِنَّ مَنْ ثَبَتَ لَهُ الْخِلَافَةُ عَلَى الْأُمَّةِ . . فَلَهُ أَنْ يوصِيَ بِهَا إِلَى رَجُلٍ تَوْجَدُ فِيهِ شُرُوطُ الْخِلَافَةِ عَلَى مَا يَأْتِي بَيَانُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ فِي مَوْضِعِهِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ مِنْ حَدِيثِ أَبِي بَكْرٍ وَعَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا .

وإِنْ ثَبَتَ لِرَجُلٍ النَّظَرُ فِي مَلِكٍ^(١) وَلَدِهِ الصَّغِيرِ ، وَلَا جَدًّا لِلصَّغِيرِ مِنْ أَبِيهِ ، وَلَا أُمَّ لَهُ . . فَلِلْأَبِ أَنْ يوصِيَ بالنَّظَرِ فِي مَالِهِ إِلَى مَنْ يَصْلَحُ لَذَلِكَ ، وَيَكُونُ وَصِيَّ الْأَبِ أَوْلَى بالنَّظَرِ فِي مَالِ الصَّغِيرِ مِنَ الْحَاكِمِ ؛ لَمَّا رَوَى : (أَنَّهُ أَوْصَى إِلَى الزَّبِيرِ سَبْعَةَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ فِي أَمْرِ أَوْلَادِهِمِ الصَّغَارِ ، مِنْهُمْ : عِثْمَانُ ، وَالْمِقْدَادُ ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ ، وَأَبْنُ مَسْعُودٍ)^(٢) .

وإِنْ كَانَ لِلصَّغِيرِ جَدٌّ مِنْ أَبِيهِ يَصْلَحُ لِلنَّظَرِ ، فَأَوْصَى الْأَبُ إِلَى غَيْرِ الْجَدِّ . . كَانَ الْجَدُّ أَوْلَى بالنَّظَرِ .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : (وَصِيَّ الْأَبِ أَوْلَى مِنَ الْجَدِّ) وَبِهِ قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا الْخُرَاسَانِيِّينَ ، وَالْجَوِينِيُّ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ الْأَبُ أَوْلَى بالنَّظَرِ مِنَ الْجَدِّ . . كَانَ وَصِيُّهُ أَوْلَى مِنَ الْجَدِّ ، كَمَا قُلْنَا فِي وَصِيَّ الْأَبِ مَعَ الْحَاكِمِ .

وَهَذَا غَلْطٌ ؛ لِأَنَّهَا وِلَايَةٌ يَسْتَحِقُّهَا الْجَدُّ بِالْقَرَابَةِ ، فَكَانَ مَقْدَمًا عَلَى وَصِيَّ الْأَبِ ، كَوِلَايَةِ النِّكَاحِ .

وإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلصَّغِيرِ جَدٌّ ، وَلَكِنْ لَهُ أُمُّ تَصْلَحُ لِلنَّظَرِ فِي مَالِهِ ، وَأَوْصَى الْأَبُ إِلَى غَيْرِهَا :

= ومسلم (١٦٢٨) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٣٠٥ / ٧ - ٣٠٦) ، وأبو داود (٢٨٦٤) ، والترمذي (٢١١٧) ، والنسائي في « الصغرى » (٣٦٢٦) وإلى (٣٦٣٣) ، وابن ماجه (٢٧٠٨) وابن الجارود في « المنتقى » (٩٤٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٦٨ / ٦) في الوصايا . قال الترمذي : حسن صحيح ، والعمل على هذا عند أهل العلم أنه ليس للرجل أن يوصي بأكثر من الثلث ، وقد استحب بعض أهل العلم أن ينقص من الثلث ؛ لقول رسول الله ﷺ : « والثلث كثير » .

(١) في (م) : (مال) .

(٢) وكذا أورد الخبر ابن قدامة في « المغني » (١٤٤ / ٦) وقال : ستة بدل سبعة وعدَّ معهم مطيع بن الأسود وآخر ، والقلمجي في « موسوعة عثمان بن عفان » (ص / ٢٨٩ - ٢٩٠) .

فَإِنْ قُلْنَا بِالْمَذْهَبِ : وَأَنَّ الْأُمَّ لَا وَلَايَةَ لَهَا بِالنَّظَرِ فِي مَالٍ وَلِدَهَا . . كَانَ النَّاطِرُ هُوَ وَصِيَّ الْأَبِ .

وإِنْ قُلْنَا بِقَوْلِ الْإِصْطَخَرِيِّ : وَأَنَّ الْأُمَّ لَهَا وَلَايَةٌ بِالنَّظَرِ فِي مَالٍ أَبْنَهَا . . فَهَلْ يَقْدَمُ وَصِيَّ الْأَبِ عَلَيْهَا ؟ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عَلَى الْوَجْهِينِ فِي وَصِيَّ الْأَبِ مَعَ الْجَدِّ .
وَالصَّحِيحُ : أَنَّ الْأُمَّ مُقَدَّمَةٌ عَلَى وَصِيَّ الْأَبِ .

مَسْأَلَةٌ : [الناظر لا يزوج] :

وَإِنْ أَوْصَى رَجُلٌ إِلَى رَجُلٍ بِالنَّظَرِ فِي أَمْرِ أَوْلَادِهِ ، وَلَهُ بَنَاتٌ . . لَمْ يَكُنْ لِلْوَصِيِّ تَزْوِيجُهُنَّ بِلَا خِلَافٍ .

وَإِنْ أَوْصَى إِلَيْهِ بِالنَّظَرِ فِي مَالٍ أَوْلَادِهِ الصَّغَارَ ، وَتَزْوِيجَ بَنَاتِهِ . . لَمْ يَكُنْ لِلْوَصِيِّ تَزْوِيجُهُنَّ ، سِوَاءَ كُنَّ الْبَنَاتُ صَغَارًا أَوْ كِبَارًا ، عَيَّنَ لَهُ الزَّوْجَ أَوْ لَمْ يَعَيِّنْهُ ، بَلْ إِنْ كَانَ لِلْبَنَاتِ وَلِيُّ مُنَاسِبٌ . . زَوَّجَهُنَّ ، وَإِلَّا . . فَالْحَاكِمُ يَزْوِجُهُنَّ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ وَأَبُو حَنِيفَةَ .

وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : (الْوَصِيُّ أَوْلَى بِتَزْوِيجِهِنَّ مِنَ الْوَلِيِّ الْمُنَاسِبِ) .

وَقَالَ مَالِكٌ : (إِذَا أَوْصَى إِلَيْهِ فِي تَزْوِيجِ بَنَاتِهِ مُطْلَقًا . . كَانَ الْوَصِيُّ أَحَقَّ بِإِنْكَاحِهِنَّ مِنَ الْوَلِيِّ الْمُنَاسِبِ . فَإِنْ كُنَّ كِبَارًا . . لَمْ يَزْوِجُهُنَّ إِلَّا بِإِذْنِهِنَّ . وَإِنْ كُنَّ صَغَارًا . . لَمْ يَزْوِجُهُنَّ الْوَصِيُّ إِلَّا إِنْ عَيَّنَ لَهُ الْمَوْصِي الزَّوْجَ) .

دَلِيلُنَا : مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ قَالَ : زَوَّجَنِي خَالِي قُدَامَةُ بْنُ مِطْعُونٍ ابْنَةَ أَخِيهِ عِثْمَانَ بْنِ مِطْعُونٍ ، فَمَضَى الْمَغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ إِلَى أُمِّهَا ، فَأَرْغَبَهَا فِي الْمَالِ ، فَمَالَتْ إِلَيْهِ ، فَذَهَبَتْ أُمُّهَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ وَقَالَتْ : إِنَّ أَبْتَنِي تَكَرَّهُ ذَلِكَ . فَمَضَى قُدَامَةُ بْنُ مِطْعُونٍ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ وَقَالَ : أَنَا عَمُّهَا وَوَصِيُّ أَبِيهَا ، وَقَدْ زَوَّجْتُهَا مِنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ ، وَمَا نَقَمُوا مِنْهُ إِلَّا أَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « إِنَّهَا يَتِيمَةٌ ، وَإِنَّهَا لَا تُنْكَحُ إِلَّا بِإِذْنِهَا » ^(١) .

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عُمَرَ ابْنِ مَاجَهٍ مُخْتَصَرًا (١٨٧٨) فِي النِّكَاحِ ، وَبَنَحُوهُ عِنْدَ أَحْمَدَ فِي « الْمُسْنَدِ » (١٣٠ / ٢) . قَالَ الْبُوصَيْرِيُّ فِي « زَوَائِدِ ابْنِ مَاجَهٍ » : هَذَا إِسْنَادٌ ضَعِيفٌ مُوقُوفٌ ، فِيهِ =

فموضع الدليل : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا تُنْكَحْ إِلَّا بِإِذْنِهَا » وَقَدْ أَخْبَرَهُ قَدَامَةُ أَنَّهُ وَصَّى أَبِيهَا ، وَلَمْ يَسْأَلْهُ النَّبِيُّ ﷺ هَلْ وَصَّى إِلَيْهِ بِإِنكَاحِهَا ، أَمْ لَا ؟ وَهَلْ عَيَّنَ لَهُ الزَّوْجَ ، أَمْ لَا ؟ فَلَوْ كَانَ الْحُكْمُ يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ . . . لَسَأَلَهُ عَنْهُ . فَقِيلَ : إِنَّ الْمَغْيِرَةَ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ ذَلِكَ .

وَلَأَنَّ وِلَايَةَ النِّكَاحِ لَهَا تُسْتَحَقُّ بِالْشَّرْعِ ، فَلَمْ يَجُزْ نَقْلُهَا عَنْهُ بِالْوَصِيَّةِ ، كَالْوَصِيَّةِ فِي أَمْرِ الصَّغِيرِ مَعَ وُجُودِ الْجَدِّ .

فِرْعُ : [الوصية بالدين والحج والكفارة] :

وَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، أَوْ زَكَاةٌ ، أَوْ حَجٌّ ، أَوْ كَفَّارَةٌ . أَوْ كَانَ فِي يَدِهِ وَدِيعَةٌ ، أَوْ غَصْبٌ . . . فَلَهُ أَنْ يَوْصِيَ إِلَى مَنْ يُخْرِجُ ذَلِكَ مِنْ تَرْكَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ أَنْ يَوْصِيَ بِالنَّظَرِ فِي أَمْرٍ غَيْرِهِ . . . فَلَأَنْ يَمْلِكَ ذَلِكَ فِي خَاصَّةِ نَفْسِهِ أَوْلَى .

مَسْأَلَةٌ : [الوصية بالثلث] :

وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ بِالثُلُثِ : فَكُلُّ مَنْ مَلَكَ التَّصَرُّفَ فِي مَالِهِ بِالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ . . . مَلَكَ الْوَصِيَّةَ بِثُلْثِ مَالِهِ بِمَا فِيهِ قُرْبَةٌ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء : ١٢] .
وَرَوَى : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنَّ اللَّهَ أَعْطَاكُمْ ثُلْثَ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَجَالِكُمْ زِيَادَةً فِي حَسَنَاتِكُمْ »^(١) .

= عبد الله بن نافع مولى ابن عمر متفق على تضعيفه .

وأخرجه بالفاظ متعددة عنه أيضاً الدارقطني في « السنن » (٢٢٩/٣ و ٢٣٠ و ٢٣١) وفي إرسال أو انقطاع .

ومن ألفاظه : « إنها يتيمة ، واليتيمة أولى بأمرها » و : « هي يتيمة ، ولا تنكح إلا بإذنها » .

(١) أخرجه عن معاذ بن جبل الطبراني في « الكبير » (٥٤/٢٠) ، والدارقطني في « السنن » (١٥٠/٤) في الوصايا ولفظه : « إن الله عز وجل قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم . . . » وفي الباب :

عن أبي الدرداء رواه أحمد في « المسند » (٤٤٠/٦ - ٤٤١) ، والبزار كما في « كشف =

وروي عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ : أَنَّهُ قَالَ : مَرَضْتُ بِمَكَّةَ عَامَ الْفَتْحِ مَرَضاً أَشْرَفْتُ فِيهِ عَلَى الْمَوْتِ ، فَدَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ : إِنَّ لِي مَالاً كَثِيراً ، وَإِنَّمَا يَرِثُنِي ابْنَةُ لِي ، أَفَأَتَصَدَّقُ بِمَالِي كُلِّهِ ؟ قَالَ : « لَا » . قُلْتُ : أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلْثِي مَالِي ؟ قَالَ : « لَا » . قُلْتُ : فَبِالْشَّطْرِ ؟ قَالَ : « لَا » . قُلْتُ : فَبِالثُّلُثِ ؟ قَالَ : « الثُّلُثُ ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ » - وروى « كبيرٌ » - إِنَّكَ أَنْ تَتْرَكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ . . خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَتْرَكَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ « فَلَمْ يَنْهَهُ عَنِ الثُّلْثِ ، وَإِنَّمَا قَالَ : هُوَ كَثِيرٌ . فَدَلَّ عَلَى جَوَازِ التَّصَدَّقِ بِهِ .

و(العالة) : الفقراء .

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَجَدَكَ عَائِلًا فَأَغْنَى ﴾ [الضحى : ٨] .

وقوله : (يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ) معناه : يَسْأَلُونَ بِأَكْفَهُمُ النَّاسَ .

فَإِنْ كَانَ وَرَثَتُهُ فَقَرَاءَ . . فَاَلْمُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ لَا يُوصِيَ بِجَمِيعِ الثُّلْثِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « إِنَّكَ أَنْ تَتْرَكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ . . خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَتْرَكَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » ^(١) .

= الأستار » (١٨٣٢) مختصراً . قال الهيثمي في « المجمع » (٢١٥ / ٤) : وفيه أبو بكر بن أبي مريم وقد اختلط .

وعن أبي هريرة رواه ابن ماجه (٢٧٠٩) ، والطحاوي (٤١٩ / ٢) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٦٩ / ٦) في الوصايا ولفظه : « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم . . . » وفيه طلحة بن عمرو الحضرمي ضعفه غير واحد .

وعن أبي بكر أخرجه ابن عدي ، والعقيلي في كتابيهما عن حفص بن عمر بن ميمون : متروك كما في « تلخيص الحبير » وعن خالد بن عبيد السلمي وهو مختلف في صحته رواه الطبراني ولفظه : « إن الله أعطاكم عند وفاتكم » وفيه ابن الحارث مجهول كما في « تلخيص الحبير » . (١٠٥ / ٣) . وكل طرقه ضعيفة لكن يقوي بعضها بعضاً . وجاء في (م) : (حياتكم) .

(١) بفتح همزة (أن) وهو مبتدأ ، وخبره (خيرٌ) أي : تركك ورثتك أغنياء خيرٌ . وروي بكسر (إن) فهو شرط ، وجوابه محذوف تقديره : فهو خير .

يتكففون الناس : يأتونهم من كفهم : جوانبهم وأطرافهم مأخوذ من كُفَّة القميص وهو طرفه وحاشيته ، أو يسألونهم وهم ما دون أكفهم ، أو يسألون مما في أكف الناس . أو يطلبون كفاً =

وإن كانوا أغنياء : أَسْتَحَبَّ لَهُ أَنْ يوصِيَ بِجميعِ الثلث ؛ لأنه لما كرهَ له أَسْتِيفاءُ الثلثِ إذا كانوا فقراءً . . دَلَّ عَلَى أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الثلثَ إذا كانوا أغنياء .

والمستحبُّ لِمَنْ رَأَى المريضَ يَجْنَفُ^(١) في الوصية أَنْ ينهأه ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلِيَحْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَفًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴾^(٢) [النساء : ٩] .

قال أهلُ التفسيرِ : المرادُ بذلك الحاضرون عند الموصي .

والمستحبُّ لِمَنْ أَرَادَ التَّصَدَّقَ : أَنْ يفعلَ ذلكَ في صحته ؛ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ أَفْضَلِ الصَّدَقَةِ ، فَقَالَ : « أَنْ تَتَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَحِيحٌ شَحِيحٌ تَخْشَى الْفَقْرَ وَتَأْمَلُ الْغِنَى ، وَلَا تَمَهِّلَ حَتَّى إِذَا بَلَغْتَ الْخُلُقُومَ . . قُلْتَ : لِفُلَانٍ كَذَا وَلِفُلَانٍ كَذَا وَقَدْ كَانَ لِفُلَانٍ »^(٣) .

وإن اختار الوصية . . فالمستحبُّ لَهُ أَنْ يقدِّمها ؛ لما روى ابنُ عمرَ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَا حَقَّ إِمْرِيءٌ مُسْلِمٍ عِنْدَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ بِيَتِّ لِيَلْتَنِي إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ » .

قال الشافعيُّ : (معناه : ما الحزمُ ، وما الأحوطُ ، أو ما الاحتياطُ لَهُ ، إلا هذا) .

وقال غيرهُ : هذا في الرجلِ عنده أماناتٌ للناسِ ، أو عليه ديونٌ لَهُمْ ، فتلزمُهُ الوصيةُ بذلك .

إذا ثَبَتَ هذا : فالناسُ الموصي لَهُمْ على ثلاثة أَضْرِبٍ :

= من طعام أو ما يكفون به جوعهم . يقال : تكفف السائل واستكف : إذا بسط كفه للسؤال .

(١) الْجَنَفُ : الميلُ قال تعالى : ﴿ فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا ﴾ [البقرة : ١٨٢] وقال الشاعر :

هُمُ الْمَوْلَى وَإِنْ جَنَفُوا عَلَيْنَا وَإِنَّا مِنْ لِقَائِهِمْ لَزُورُ

(٢) السداد : ضد الفساد ، أي قولاً قصداً مستقيماً لا ميل فيه .

(٣) أخرجه عن أبي هريرة البخاري (١٤١٩) في الزكاة و (٢٧٤٨) في الوصايا ، ومسلم

(١٠٣٢) في الزكاة ، وأبو داود (٢٨٦٥) في الوصايا ، والنسائي في « الصغرى » (٢٥٤٢)

في الزكاة و (٣٦١١) ، وابن ماجه مطولاً (٢٧٠٦) في الوصايا .

[إحداها]: ضرب تجوز لهُم الوصية ولا تجب ، بلا خلاف بين أهل العلم ، وهو : مَنْ كَانَ أَجْنَبِيًّا مِنَ الْمُوصِي ؛ لِأَنَّ الْبِرَاءَ بَيْنَ مَعْرُورٍ وَأَوْصِيٍّ لِلنَّبِيِّ ﷺ بثلث ماله فقبلها منه ، ولا قرابة بينهما ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَرَشِيٌّ وَالْبِرَاءُ أَنْصَارِيٌّ .

والضرب الثاني : تجوز لهُم الوصية ولا تجب عندنا ، وهم مَنْ لَا يَرِثُ الْمُوصِي وَبَيْنَهُمَا قَرَابَةٌ ، كَالْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ ، وَسَائِرِ ذَوِي الْأَرْحَامِ . أَوْ كَانَ مَمَّنْ يَرِثُهُ إِلَّا أَنَّ هُنَاكَ مَنْ يَحْبِبُهُ .

وَقَالَ الصَّخَاكُ ، وَالزَّهْرِيُّ ، وَأَبُو مَجْلَزٍ ، وَدَاوُدُ ، وَأَبْنُ جَرِيرٍ : (تَجِبُ لَهُمُ الْوَصِيَّةُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَلَدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ [البقرة : ١٨٠]) .

ودليلنا : قوله تعالى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا ﴾ [الأحزاب : ٦] .
وُفَسِّرَ ذَلِكَ بِالْوَصِيَّةِ ، فَجُعِلَ ذَلِكَ إِلَيْهِمْ .

ولقوله ﷺ : « مَا حَقُّ أَمْرِيءٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُرِيدُ أَنْ يُوصِي بِهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ » فَعَلَّقَ الْوَصِيَّةَ عَلَى الْإِرَادَةِ .
ولقوله ﷺ : « إِنَّكَ أَنْ تَتْرَكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ . . خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَتْرَكَهُمْ عَالَةً » . وهذا يدلُّ عَلَى أَنَّهَا لَا تَجِبُ ؛ لِأَنَّ تَرَكَ الْوَارِثِ غَنِيًّا لَا يَكُونُ خَيْرًا مِنَ الْوَاجِبِ .

وروي : (أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ دَخَلَ عَلَى [رَجُلٍ مِنْ بَنِي] هَاشِمٍ ، فَقَالَ لَهُ : لِي ثَمَانِ مِئَةِ دِرْهَمٍ ، أَفَأُوصِي ؟ قَالَ : لَا) (١) .

وروي : (أَنَّ أَبْنَ عَبَّاسٍ دَخَلَ عَلَى مَرِيضٍ ، فَقَالَ : لِي سَبْعُ مِئَةِ دِرْهَمٍ ، أَفَأُوصِي ؟ قَالَ : لَا ، إِنَّكَ لَا تَتْرَكَ خَيْرًا) (٢) . وَالْخَبَرُ عَنْهُ ثَمَانِي مِئَةِ دِرْهَمٍ . وَقِيلَ : أَلْفٌ .

(١) أخرج خبر علي المرتضى عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٣٥٢) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٧٠ / ٦) من طريقين في الوصايا . ولكن ليس فيهما ذكر لـ : (ثمان مئة درهم) .

(٢) أخرج خبر ابن عباس من طريق طاووس عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٣٥٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٧٠ / ٦) في الوصايا ، وليس عند عبد الرزاق ذكر (السبع مئة) ، وجاء =

وكذلك روي عن ابن عمر وعائشة^(١) . وأما الآية : فمنسوخة بآية الموارث^(٢) .
والضرب الثالث : إذا أوصى رجل لوارثه^(٣) :

قال الشيخ أبو حامد : فلا تصح الوصية له ، قولاً واحداً ؛ لما روى أبو أمامة : أنَّ النبي ﷺ قال : « إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لِرَافِثٍ »^(٤) .

وروى ابن عباس : أنَّ النبي ﷺ قال : « لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِرَافِثٍ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْوَرَثَةُ »^(٥) فَإِنْ أَجَازَ سَائِرُ الْوَرَثَةِ الْوَصِيَّةَ ، فَهَلْ تَكُونُ إِجَازَتُهُمْ لَهَا تَنْفِيذاً لِمَا فَعَلَهُ الْمُوصِي ، أَوْ أَبْتَدَاءً عَطِيَّةً ؟ مِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ :

أحدهما : إِنَّهُ أَبْتَدَاءُ عَطِيَّةٍ مِنْهُمْ ؛ لِحَدِيثِ أَبِي أَمَامَةَ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا وَصِيَّةَ لِرَافِثٍ » وَلِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ لَا تَلْزُمُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ ، فَكَانَتْ أَبْتَدَاءً عَطِيَّةٍ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ وَهَبَهُ الْوَارِثُ شَيْئاً مِنْ مَالِ نَفْسِهِ .

= عند عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٣٥١) : عن عروة قال : دخل علي علي مولى لهم في الموت فقال : يا علي ألا أوصي ، فقال علي : إنما قال الله تبارك وتعالى : ﴿ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ وليس لك كثير مال ، قال : وكان له سبع مئة درهم .

(١) أخرج خبر عائشة الصديقة عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٣٥٤) و (١٦٣٥٥) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٧٠ / ٦) في الوصايا وفيه : (ما في هذا فضل عن ولده) و : (إن ذلك لقليل) و : (إن هذا الشيء يسير فاتركه لعيالك) .

(٢) النسخ - لغة - : إزالة الحكم ، ولا تجب الوصية إلا على من عليه دين أو عنده ودیعة أو عليه واجب في ذمته ؛ لأنه تعالى أوجب أداء الأمانات إلى أهلها .

(٣) لما أخرج عن عمرو بن خارجه النسائي في « الصغرى » (٣٦٤١) ، والدارقطني في « السنن » (١٥٢ / ٤) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٦٤ / ٦) في الوصايا ، بلفظ : « لَا وَصِيَّةَ لِرَافِثٍ إِلَّا أَنْ يَجِيزَ الْوَرَثَةُ » .

(٤) أخرجه عن أبي أمامة أبو داود (٢٨٧٠) في الوصايا و (٣٥٦٥) في البيوع ، والترمذي (٢١٢١) مطولاً ، وابن ماجه (٢٧١٣) ، وابن الجارود في « المتقى » (٩٤٩) في الوصايا .

قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح ، وفي الباب :

عن أنس رواه ابن ماجه (٢٧١٤) قال في « الزوائد » : إسناده صحيح .

(٥) أخرجه عن ابن عباس من طريقين الدارقطني في « السنن » (٩٧ / ٤ و ٩٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٦٣ / ٦ و ٢٦٤) في الوصايا . وقال : عطاء الخراساني غير قوي .

والثاني : إِنَّهُ تَنْفِيزٌ لِمَا فَعَلَهُ الْمُوصِي . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛
 لِحَدِيثِ أَبِي عَبَّاسٍ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْوَرَثَةُ »
 فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُمْ إِذَا شَاءُوا . . جازتِ الوصية .

وقال الشيخ أبو إسحاق : هل تصح الوصية للوارث ؟ على قولين ، وجههما
 ما ذكرناه .

فإذا قلنا : تصح الوصية له ، فلا ي معنى صحته ؟ فيه وجهان ، حكاهما
 المسعودي [في «الإبانة» ق/ ٤١٠] :

أحدهما : صحته ؛ لأنه الحق بالأجنبي .

والثاني : لأنه قصد تفضيله . وتأتي فائدتهما فيما بعد .

مسألة : [الوصية بأكثر من الثلث] :

وإذا أوصى بما زاد على ثلث ماله : فإن لم يكن له وارث متعين^(١) . . لم تصح
 الوصية بما زاد على الثلث . وبه قال مالك ، وأهل المدينة .
 وقال أبو حنيفة : (تصح) .

دليلنا : قوله ﷺ : « إِنَّ اللَّهَ أَعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ » وَلَمْ يَفْرُقْ ، وَلَآنَ
 ما زاد على الثلث موقوف على إجازة الورثة ، ولا وارث له غير المسلمين ، وهم غير
 معينين ، ولا تتأتى الإجازة منهم .

وإن كان له وارث متعين . . فالحكم فيه كالحكم فيمن أوصى لوارثه .

قال الشيخ أبو حامد : لا تصح الوصية بما زاد على الثلث ، قولاً واحداً .

فإن إجازة الورثة . . فهل يكون ذلك تنفيذاً لما فعله^(٢) الموصي ، أو ابتداء عطية من
 الورثة ؟ على قولين .

(١) في (م) : (معين) في الموضعين .

(٢) في (م) : (وصية لوارث من) .

وقال الشيخ أبو إسحاق : هل تصح الوصية بما زاد على الثلث ؟ فيه قولان :
أحدهما : لا تصح^(١) ؛ لـ : (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى سَعْدًا عَنِ الْوَصِيَّةِ بِمَا زَادَ عَلَى
الْثُلُثِ) والنهي يقتضي فساد المنهي عنه .

والثاني : تصح ؛ لأنَّ الوصية صادفت ملكه ، وإنَّما يتعلَّقُ بها حقُّ الوارث فيما
بعد ، وذلك لا يمنع صحة تصرفه ، كما لو اشترى رجل شِقْصاً فيه شفعة ، فباع
الشَّقْصَ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَهُ الشَّفِيعُ .

فإن قلنا : إنَّ إجازة الورثة في الوصية للوارث فيما زاد على الثلث تنفيذ لما فعله
الموصي . . كفاهم لفظ الإجازة ، ولا يحتاج الموصي له إلى قبول الإجازة .

وإن قلنا : إنَّ إجازة الورثة ابتداء عطية منهم . . ففيه وجهان :

[إحدهما] : قال الشيخان - أبو حامد وأبو إسحاق - : لا يصح ذلك إلا بما تصح به
الهبة من الإيجاب والقبول ، والإذن بالقبض ، والقبض .

[والثاني] : قال القفال ، والمسعودي [في « الإبانة » ق/ ٤١٠] ، وأبْنُ الصَّبَاحِ : يكفيهِ
لفظُ الإجازة على القولين ؛ لأنَّ الشافعي رحمه الله قال في جميع كتبه : (إذا أجازَ
الورثة ذلك . . كانت عطية) ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « لا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يُجِيزَ
أَلْوَرَثَةُ » فعلقها على الإجازة ، فدلَّ على أنَّهم إذا أجازوها بلفظ الإجازة . . صحَّ .

وإنَّ أعتقَ المريضُ عبداً لا مالَ له غيره . . عتقَ ثلثه عليه ، وثبتَ ولاؤه له .

وأما ثلثاه : فإنَّ لم يُجِزِ الورثة العتق . . رُقَّ . وإنَّ أجازوه :

فإن قلنا : إنَّ الإجازة تنفيذ لما فعله الميت . . كفاهم لفظُ الإجازة ، وكانَ ولاءُ
جميع العبد للمريض .

وإن قلنا : إنَّ الإجازة ابتداء عطية منهم . . فهل تنفقر إلى لفظ العتق ، أو يكفي فيه
لفظُ الإجازة ؟ على وجهين .

(١) في حاشية نسخة : (هذا القول قول أبي الطيب والرويان وغيرهما إنه الصحيح .

وقال البندنجي : إنه المنصوص عليه في عامة كتبه ، وفي عامة أبواب « الأم » . من

« شرح التنبيه » لابن الرفعة) .

وهل يكون ولاء ما زاد على الثلث للمريض ، ولوارثه إذا قلنا : لا يعتق إلا بإعتاق الوارث ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنَّ ولاءه للوارث ؛ لأنه باشر عتقه .

والثاني : أنه للموصي . وهو قول ابن اللبَّان ؛ لأنَّ الوارث وإن باشر عتقه إلا أنه أعتقه عن الميت بإذنه ، ومن أعتق عن غيره عبده بإذنه . . فإنَّ ولاءه للمعتق عنه .

فرعٌ : [إجازة الورثة الوصية بعد الموت] :

وإذا مات الموصي فأجازَ ورثته وصيته فيما زاد على الثلث ، أو أجازوا وصيته لوارثه . . صحَّت الإجازة .

وإن أجازوا ذلك قبل موت الموصي . . لم تصحَّ الإجازة ، سواء أجازوا ذلك في صحَّة الموصي ، أو في مرض موته . وبه قال ابن مسعود ، وشريح ، وطاووس ، والثوري ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وأحمد .

وقال الحسن ، وعطاء ، والزهرى ، وربيعه : تصحَّ الإجازة .

وقال مالك ، والأوزاعي ، وابن أبي ليلى : (إن أجازوا ذلك في صحَّة الموصي . . لم تصحَّ . وإن أجازوا ذلك في مرض موته . . صحَّت إجازتهم) .

دليلنا : أنه لا حق للوارث قبل موت الموصي ، فلم تصحَّ إجازته ، كما لو عفا الشفيع عن الشفعة قبل البيع .

فرعٌ : [اختلفا بعد إجازة الوصية لكثيرتها] :

وإن أوصى لرجل بثلاثي ماله ، ومات الموصي ، فأجازَ الوارث الوصية ، ثم قال : أجزته لأنني ظننت أنَّ الذي أجزته يسير وقد بان لي أنه كثير :

فإن كان مع الموصي له بينة أنَّ الوارث يعلم قدر ما أجازهُ . . لزمته الإجازة في الجميع .

وإن لم يكن معه بينة . . لزم الوارث الإجازة في قدر ما علمه من المال ، والقول

قوله مع يمينه فيما لم يعلمه ؛ لأنَّ الإجازة كالإسقاط في أحد القولين ، وكالهيئة في الآخر . والجميع لا يصحُّ مع الجهالة^(١) به .

وإنَّ أوصى لرجلٍ بعبدٍ ، وقيمتُهُ أكثرُ من ثلثِ المالِ ، وأجازهُ الوارثُ ، ثمَّ قالَ : ظننتُ أنَّ الزيادةَ على الثلثِ يسيرةٌ فأجزتُهُ ، وقد بانَ أَنَّهُ كثيرٌ . ففيهِ قولانٍ :
أحدهما : أَنَّها كالمسألة قَبْلَها .

والثاني : يلزمُ التوارثُ الإجازةَ في العبدِ ، ولا يُقبلُ قوله أَنَّهُ لا يعلمُ قَدْرَ ما أَجازَهُ ؛ لأنَّ الموصى بِهِ هاهنا شيءٌ بعينه ، وقد أَجازَهُ ، فلم يُقبلِ قوله ، وفي التي قَبْلَها : الوصيةُ في جزءٍ مُشاعٍ ، فقبلَ قوله .

فرعٌ : [الوصية للوارث بقدر الإرث] :

وإنَّ أوصى لأحدٍ ورثتهِ بما كانَ نصيبُهُ من جهةِ الميراثِ بالقيمةِ إلَّا أَنَّهُ عَيَّنَ لَهُ عينا ، مثلُ أن يموتَ رجلٌ وخلفَ أبناً وأبنةً ، وخلفَ داراً بألفٍ ، وأوصى بها للابنِ ، وعبداً بخمسةِ مئةٍ ، وأوصى بِهِ للابنةِ . فهل تصحُّ الوصيةُ ؟ فيه وجهانٍ ، حكاها المسعوديُّ [في «الإبانة» ق/ ٤٣٦] :

أحدهما : تصحُّ ، ولا تفتقرُ إلى إجازةٍ ؛ لأنَّ حقوقَ الورثةِ في المقاديرِ لا في الأعيانِ ، فهو كما لو باعَ الدارَ من ابنِهِ بألفٍ ، وباعَ العبدَ من أبنتهِ بخمسةِ مئةٍ في مرضِ موتهِ .

والثاني : لا تصحُّ الوصيةُ لهما من غيرِ إجازةٍ ؛ لأنَّ الوارثَ قد يكونُ له غرضٌ في ملكِ العينِ ، فلا يجوزُ للموصي إبطالُ ذلكَ عليه .

فرعٌ : [وقت اعتبار قيمة الثلث] :

وفي الوقتِ الذي يُعتبرُ بِهِ المالُ لإخراجِ الثلثِ وجهانٍ :

أحدهما : أنَّ الاعتبارَ بِهِ وقتُ الوصيةِ ؛ لأنَّ الوصيةَ عقدٌ على المالِ ، فكانَ الاعتبارُ بقَدْرِ المالِ رَاقَتِ العقدِ ، كالبيعِ والنذرِ .

(١) في (م) : (الجهل) .

فعلى هذا : إذا وصى له بثلث ماله ، ولا مال له وقت الوصية . . لم تصح له الوصية ، وإن استفاد مالا بعد ذلك . . لم تتعلق به الوصية الأولى .

وإن كان ثلثه عند الوصية ألفاً ، فصار عند الوفاة ألفين . . لم تصح الوصية إلا بالثلث ، وهو عند الوصية ألف^(١) .

وإن كان له مال عند الوصية ، فهلك ذلك المال واستفاد مالا آخر . . لم تتعلق به الوصية الأولى .

والوجه الثاني - وهو المذهب ، وهو قول أهل العراق ، قال الشيخ أبو حامد : وأظنه إجماعاً - : أن الاعتبار بالمال وقت موت الموصي ؛ لأن الوصية وعد في حياة الموصي لا حكم لها ، وإنما تجب ويصير لها حكم بوفاته ، فاعتبر المال وقت وجوبها ، ولأنه لا خلاف أنه لو وصى بثلث ماله ، وله مال فباعه ، فإن الوصية تتعلق بالثمن ، فلو كان الاعتبار بالمال وقت الوصية . . لبطلت هاهنا .

فعلى هذا : إذا وصى بثلث ماله وكان له ألف ، فصار عند الوفاة ألفين ، أو كان له مال وقت الوصية فهلك واستفاد غيره . . تعلقت الوصية بجميع ماله الموجود عند موته .

وإن وصى لرجل بثلث ماله ، ولا مال له . . ففيه وجهان :

أحدهما : تصح الوصية ، فإن استفاد مالا بعد ذلك . . تعلقت به الوصية الأولى ؛ لما ذكرناه .

والثاني - حكاه أبو اللبان - : لا تصح الوصية حتى يكون له مال وإن قل^(٢) ؛ لتوجه إليه الوصية . وهذا ليس بشيء .

مسألة : [وصية الصغير والسفيه بقربة] :

وهل تصح وصية الصبي المميز ، والمحجور عليه للسفه ، بما فيه قربة ؟ فيه

قولان :

(١) في (م) : (إلا بثلث الألف) .

(٢) في حاشية نسخة : (هذا وجه ذكره في «التنبيه» ولم يذكره في «المهذب») .

أحدهما : لا تصخ ؛ لأنه لا يصح تصرفه في ماله بالبيع والهبة ، فلم تصخ وصيته كغير المميز .

والثاني : تصخ ؛ لأنه إنما منع من بيع ماله وهبته خوفاً من إضاعته ، وبالوصية لا يضيع ماله ؛ لأنه إن عاش . . فالمال باق على ملكه ، وإن مات . . فله حاجة إلى الثواب ، والثواب يحصل له بالوصية .

مسألة : [فساد الوصية بما فيه معصية] :

ولا تصخ الوصية بما لا قرينة فيه ، كالوصية لمن يرتد عن الدين ، ويقطع الطريق .
وكالوصية للكنائس ، والبيع^(١) ، والوصية بالسلاح لأهل الحرب ؛ لأن ذلك إعانة على المعصية ، والوصية إنما جعلت لاكتساب الحسنات .

وإن وصى للحربي بغير السلاح . . فهل تصخ وصيته ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا تصخ . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأننا مأمورون بقتله ، فلا معنى للوصية له .

والثاني : تصخ . وهو المذهب ؛ لقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ ﴾ [النساء : ١١] ولم يفرق ، ولأن من صح تملكه بالبيع . . صحّت الوصية له ، كالمسلم .
وتصح الوصية للذمي ؛ لـ : (أن صفيّة زوج النبي ﷺ وصّت لأخيها بثلاثها ، ثلاثين ألفاً ، وكان ذمياً يهودياً)^(٢) .

(١) في حاشية نسخة : (الكنائس لليهود ، والبيع للنصارى ، أو بالعكس ؟ فيه قولان لأهل اللغة ، ويأتي الكلام عليهما في (اللعان) و (الجزية) والمشهور الأول ، قطع به في « المذهب ») .
(٢) أخرجه عن يحيى بن سعيد بلاغاً ، وعن نافع ، وعن عطاء ابن أبي شبيب في « المصنف » (٢٨٧ / ٧) في الوصايا ، باب (١٢) : في الوصية لليهودي والنصراني ومن رآها جائزة . وعن عكرمة ، وأم علقمة مولاة عائشة وابن عمر البيهقي في « السنن الكبرى » (٢٨١ / ٦) في الوصايا .

فرع : [وصى ببيع فيه محاباة] :

وإن وصى ببيع عين من رجل بمحاباة.. صحت الوصية ؛ لأن في ذلك نفعاً للموصى له .

وإن وصى أن تباع إليه من غير محاباة.. ففيه وجهان :

أحدهما : لا تصح الوصية ؛ لأنه لا منفعة للموصى له في البيع إليه من غير محاباة .

والثاني : تصح الوصية ؛ لأنه قصد تخصيصه بملك المبيع .

مسألة : [الوصية للقاتل] :

وإن وصى لقاتله.. فهل تصح ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا تصح^(١) . وبه قال أبو حنيفة ؛ لما روى ابن عمر : أن النبي ﷺ قال : « لا يُقَادُ وَالِدٌ بَوْلَدِهِ ، وَلَيْسَ لِلْقَاتِلِ شَيْءٌ »^(٢) .

وهذا عام ، ولأنه مال مستحق بالموت ، فلم يستحقه القاتل ، كالمراث . وفيه احتراز من الدين الثابت له عليه .

(١) لما أخرجه عن علي المرتضى الدارقطني في « السنن » (٢٣٧/٤) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٨١/٦) في الوصايا ، بلفظ : « ليس لقاتل وصية » لكن فيه مبشر بن عبيد مترك الحديث .

(٢) أخرجه عن عمر أمير المؤمنين الحاكم في « المستدرک » (٢١٦/٢) وتعقبه الذهبي بقوله : قلت : بل عمر بن عيسى منكر الحديث ، وفي (٣٦٨/٢) وصححه ووافقه الذهبي وفيه عمر بن عيسى . ورواه عنه أيضاً البيهقي في « المعرفة » و« السنن الكبرى » (٣٨/٨) بلفظ : لولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يقاد الأب من ابنه » لقتلتك ، هلم ديت ، فاتاه بها فدفعها إلى ورثته . قال ابن الملقن في « تحفة المحتاج » (١٥٤٧) : إسناده صحيح ، وأقره صاحب « الإلمام » (١٢٢٤) على ذلك .

والثاني : تصحُّ الوصية . وبه قال مالك ؛ لقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء : ١٢] ولم يفرّق^(١) ، ولأنّه تمليكٌ يفتقرُ إلى القبول ، فلم يمنع القتلُ منه ، كالبيع . وفيه احترازٌ من الميراث .

قال المسعودي [في « الإبانة »] : وأختلف أصحابنا في موضع القولين : فمنهم من قال : القولان إذا وصّى رجلٌ لرجلٍ ، ثم قتل الموصى له الموصي . فأما إذا جرح رجلٌ رجلاً ، ثم أوصى المجرّوح للجّارح ، ثم مات المجرّوح . فيصحُّ قولاً واحداً . ومنهم من قال : القولان في الحالين ، وهو قول الشيخ أبي حامد ، وهو المشهور .

فرعٌ : [قتل أمّ ولد مولاها] :

وإن قتلْت أمّ ولدٍ مولاها . عتقت بموته ؛ لأنّ عتقها ليس بوصية .

وإن قتل المدبّر مولاها :

فإن قلنا : إنّ التدبير عتق بصفة . . عتق المدبّر .

وإن قلنا : إنّ وصية . . كان في عتقه القولان في الوصية للقاتل .

وإن كان لرجلٍ على آخر دينٌ مؤجلٌ ، فقتل من له الدين من عليه الدين قبل حلوله . . حلّ الدين ؛ لأنّ حلوله حظٌ لمن عليه الدين ؛ لإبراء ذمته .

مسألةٌ : [الوصية ممن يملك] :

ولا تصحُّ الوصية لمن لا يملك ، فإن وصّى لميت . . لم تصحّ الوصية ، سواء ظنّه حياً ، أو علمه ميتاً . وبه قال أبو حنيفة .

(١) في حاشية نسخة : (لقوله ﷺ : « لا وصية لوارث » فإنه يدلُّ على أن الوصية للأجنبي صحيحه سواء كان قاتلاً أو غيره . من « شرح التنبيه » لابن الرفعة) .

وقَالَ مَالِكٌ : (إِنَّ ظَنَّهُ حَيًّا فَإِنَّ أَنَّهُ مَيِّتٌ .. بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ . وَإِنْ عَلِمَهُ مَيِّتًا .. صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، وَتَكُونُ لَوَارِثِهِ) .

دَلِيلُنَا : أَنَّهُ تَمْلِيكٌ ، فَلَمْ تَصَحَّ لِلْمَيِّتِ ، كَالْهَبَةِ ، وَلِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ لِمَيِّتٍ ، فَلَمْ تَصَحَّ ، كَمَا لَوْ ظَنَّهُ حَيًّا .

فِرْعُ : [الوصية لحمل امرأة] :

وَإِنْ وَصَّى لِحَمَلِ أَمْرَأَةٍ وَكَانَ مَوْجُودًا حَالَ الْوَصِيَّةِ .. صَحَّتْ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أَوْسَعُ مِنَ الْمِيرَاثِ ، بِدَلِيلٍ : أَنَّ كُلَّ مَنْ وَرِثَ الْمَالَ صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، وَقَدْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ لِمَنْ لَا يَرِثُ ، وَهُوَ الْعَبْدُ . وَالْحَمْلُ مَمَّنْ يَرِثُ ، فَصَحَّتْ لَهُ الْوَصِيَّةُ ، وَلِأَنَّ أَكْثَرَ مَا فِي الْحَمْلِ الْغَرَرُ وَالْجَهَالَةُ بِهِ ، وَذَلِكَ لَا يُؤَثِّرُ فِي الْوَصِيَّةِ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنْ خَرَجَ الْحَمْلُ مَيِّتًا .. لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّا لَا نَتَيَقَّنُ حَيَاتَهُ عِنْدَ الْوَصِيَّةِ .

وَإِنْ خَرَجَ حَيًّا : فَإِنْ وَضَعْتَهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ الْوَصِيَّةِ .. صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، سِوَاءَ كَانَتْ فِرَاشًا لَزَوْجٍ أَوْ لِسَيِّدٍ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ فِرَاشًا ؛ لِأَنَّا نَتَيَقَّنُ وُجُودَهُ حِينَ الْوَصِيَّةِ .

وَإِنْ وَضَعْتَهُ لِأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ حِينِ الْوَصِيَّةِ .. لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ ، سِوَاءَ كَانَتْ فِرَاشًا أَوْ لَمْ تَكُنْ ؛ لِأَنَّا لَا نَتَيَقَّنُ وَجُودَهُ عِنْدَ الْوَصِيَّةِ .

وَإِنْ وَضَعْتَهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَمَا زَادَ إِلَى أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ حِينِ الْوَصِيَّةِ : فَإِنْ كَانَتْ فِرَاشًا لَزَوْجٍ أَوْ سَيِّدٍ أَقْرَبَ بَوَاطِنَهَا .. لَمْ تَصَحَّ لَهُ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّا لَا نَتَيَقَّنُ وَجُودَهُ عِنْدَ الْوَصِيَّةِ ، بَلْ يَجُوزُ حَدُوثُهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ .

وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ فِرَاشٍ .. فَتَقَلَّ الْبَغْدَادِيُّونَ مِنْ أَصْحَابِنَا : أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَصَحُّ لَهُ ؛ لِأَنَّا نَحْكُمُ بِوُجُودِهِ حَالَ الْوَصِيَّةِ ، بِدَلِيلٍ : أَنَّهُ يَلْحَقُ بِالزَّوْجِ .

وَنَقَلَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ »] فِي ذَلِكَ قَوْلَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ .

والثاني : لا تصحُ الوصيةُ ؛ لأنَّ النَّسَبَ يثبتُ بالاحتمالِ ، والوصيةُ لا تثبتُ بالاحتمالِ .

وإنَّ وَصِيَّ لِمَا تَحْمِلُ هَذِهِ الْمَرْأَةُ . . ففيهِ وجهانِ :

[أحدهما] : قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : تصحُّ الوصيةُ لَهُ وإنَّ كَانَ معدوماً حالَ الوصيةِ . فعلى هذا : إِذَا حَمَلَتْ بَعْدَ الوصيةِ لَهُ . . صَحَّتِ الوصيةُ ؛ لأنَّ الموصيَ لَمْ يَعتَبرَ وجودَهُ ، بخلافِ الأولي .

و[الثاني] : قَالَ عَامَّةُ أَصْحَابِنَا : لا تصحُّ الوصيةُ لَهُ ؛ لأنَّ الوصيةَ لا تصحُّ لمعدومٍ .

وإنَّ قَالَ : وَصِيَّتُ بثلثي لِحَمَلِ هَذِهِ الْمَرْأَةِ مِنْ فُلَانٍ . . لَمْ تصحَّ الوصيةُ لَهُ إِلَّا بِشَرْطَيْنِ :

أحدهما : وجودُهُ حالَ الوصيةِ على ما مضى

والثاني : ثبوتُ نَسَبِهِ مِنْ أَبِيهِ الْمَذْكُورِ .

فإنَّ أَتَتْ بولِدٍ يَلْحَقُ ذَلِكَ الرَّجُلَ بِالْإِمْكَانِ ، وَنَتَقَّنُ وجودَهُ حالَ الوصيةِ ، فنفاهُ ذَلِكَ الرَّجُلُ بِاللَّعَانِ . . ففيهِ وجهانِ :

[أحدهما] : قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ : يَنْتَفِي عَنْهُ ، وَلَا تَبْطُلُ الوصيةُ لَهُ ؛ لأنَّ النَّفْيَ حَكْمٌ يَتَعَلَّقُ بَيْنَ الْوَلَدِ وَالْوَالِدِ ، فَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَكْمٌ آخَرُ ، بِدَلِيلٍ : أَنَّ الْمَرْأَةَ تَعْتَدُ بَوَضْعِهِ .

والثاني - وهو قولُ عَامَّةِ أَصْحَابِنَا - : أَنَّ الوصيةَ لا تصحُّ ؛ لأنَّ الوصيةَ لا تثبتُ بِشَرْطَيْنِ : وجودُهُ حالَ الوصيةِ ، وَثبوتُ نَسَبِهِ مِنْ ذَلِكَ الرَّجُلِ . وبِاللَّعَانِ سَقَطَ نَسَبُهُ عَنْهُ ، فَلَمْ تصحَّ لَهُ الوصيةُ .

فِرْعُ : [الوصية للحمل تشمل الجنسين] :

وكلُّ موضعٍ صَحَّحْنَا الوصيةَ فِيهِ لِلْحَمَلِ : فَإِنْ وَلَدَتْ ذَكَراً أَوْ أُنْثَى . . أُعْطِيَ ذَلِكَ كُلَّهُ . وَإِنْ وَلَدَتْ ذَكَرَيْنِ أَوْ أُنْثَيْنِ أَوْ ذَكَراً وَأُنْثَى . . صُرِفَ إِلَيْهِمَا بِالسُّوِّيَّةِ ؛ لِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ فَلَمْ يَفْضَلِ الذَّكَرُ فِيهَا عَلَى الْأُنْثَى ، كَمَا لَوْ وَهَبَ لَهُمَا . وهكذا : إِنْ وَلَدَتْ ذَكَراً وَأُنْثَى

وخنثى. . صُرِفَتِ الوَصِيَّةُ إِلَيْهِمْ أَثْلَاثًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

وإن قال : إن ولدت هذه المرأة ذكراً فَلَهُ أَلْفٌ ، وإن ولدت أنثى فَلَهَا مِئَةٌ : فإن ولدت ذكراً. . كَانَ لَهُ أَلْفٌ ، وإن ولدت أنثى. . كَانَ لَهَا مِئَةٌ . وإن ولدت خنثى. . أَسْتَحَقُّ الْمِئَةَ ؛ لِأَنَّهُ يَقِينٌ^(١) ، وَوُقِفَ مَا زَادَ عَلَى الْمِئَةِ إِلَى الْأَلْفِ . فَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَمْرَأَةٌ. . لَمْ يَسْتَحَقَّهُ ، وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ رَجُلٌ. . أَسْتَحَقَّهُ .

وإن ولدت ذكراً وأنثى. . أَسْتَحَقُّ الذَّكَرُ الْأَلْفَ ، وَالْأُنْثَى الْمِئَةَ .

وإن ولدت ذكرين أو أنثيين. . ففِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ :

أَحَدُهَا : أَنَّ الذَّكَرَيْنِ يَشْتَرِكَانِ فِي الْأَلْفِ ، وَالْأُنْثَيَيْنِ تَشْتَرِكَانِ فِي الْمِئَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ .

وَالثَّانِي : أَنَّ الْوَصِيَّ يَدْفَعُ الْأَلْفَ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنَ الذَّكَرَيْنِ ، وَالْمِئَةَ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنَ الْأُنْثَيَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُمَا لِأَحَدِهِمَا ، وَلَا مِزْيَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، فَخِيزَ بَيْنَهُمَا .

وَالثَّلَاثُ : يَوْقِفُ الْأَلْفَ بَيْنَ الذَّكَرَيْنِ ، وَالْمِئَةَ بَيْنَ الْأُنْثَيَيْنِ إِلَى أَنْ يَصْطَلِحَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ لِأَحَدِهِمَا بَعِينُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْمَوْصِيَّ جَعَلَهُمَا لِأَحَدِهِمَا ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْتَارَ الْوَصِيُّ أَحَدَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا مِزْيَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنْ يَوْقِفَ بَيْنَهُمَا إِلَى أَنْ يَصْطَلِحَا .

وإن ولدت ذكراً وأنثى وخنثى :

فإن قلنا في التي قَبَلَهَا بِالْإِشْتِرَاكِ. . لَمْ يُمْكِنُ أَنْ يُشَارِكَ الْخَنْثَى الذَّكَرَ ؛ لِجَوَازِ أَنْ تَكُونَ أَمْرَأَةً . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُشَارِكَ الْأُنْثَى ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ رَجُلًا .

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْفَتْوح : فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ هَاهُنَا بِالْوُقُوفِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ : يُعْطَى الذَّكَرُ الْأَلْفَ وَالْأُنْثَى الْمِئَةَ ، وَلَا يُعْطَى الْخَنْثَى شَيْئًا .

وإن قلنا بالتي قَبَلَهَا : أَنَّ الْوَصِيَّ بِالْخِيَارِ. . فَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُعْطَى الْخَنْثَى الْأَلْفَ وَلَا الْمِئَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَيَقَّنُ حَالَهُ وَلَكِنْ يَدْفَعُ الْأَلْفَ إِلَى الذَّكَرِ وَالْمِئَةَ إِلَى الْأُنْثَى .

(١) أي : أنثى وزيادة ، وفي (م) : (تعيّن) .

وإن قلنا بالتّي قَبْلَهَا بالوقف . . وَقَفَ الألفَ والمئةَ بينهم إلى أن نتبيّن حالَ الخنثى ، فإن بَانَ امرأةً . . دَفَعَ الألفَ إلى الذكر ، ووقَفَ المئةَ بينَ الأنثيين إلى أن يصطلحا عليها . وإن بَانَ أَنَّهُ رجلٌ . . دُفِعَتِ المئةُ إلى الأنثى ، ووقَفَ الألفُ بينَ الذكرينِ إلى أن يصطلحا عليه .

فرعٌ : [قدّر الوصية لنوع المولود] :

وإن قالَ لِامْرَأَةٍ : إن كَانَ حَمْلُكَ ذَكَرًا . . فَلَهُ أَلْفٌ ، وإن كَانَ أنثى . . فَلَهَا مئةٌ . أو قالَ : إن كَانَ ما في بَطْنِكَ ذَكَرًا ، أو إن كَانَ الذي في بَطْنِكَ ذَكَرًا فَلَهُ أَلْفٌ ، وإن كَانَ أنثى . . فَلَهَا مئةٌ : فإن وُلِدَتْ ذَكَرًا . . كَانَ لَهُ أَلْفٌ . وإن وُلِدَتْ أنثى . . كَانَ لَهَا مئةٌ . وإن وُلِدَتْ خنثى . . ففيهِ وجهان ، خرّجهما القاضي :

أحدهما : لَهُ المئةُ ؛ لِأَنَّهَا يَقِينٌ^(١) .

والثاني : لا شيءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِذَكَرٍ وَلَا أنثى .

وإن وُلِدَتْ ذَكَرًا وأنثى ، أو ذكرين ، أو أنثيين ، أو ذَكَرًا وخنثى ، أو أنثى وخنثى ، أو خنثيين . . لَمْ يَسْتَحَقَّ وَاحِدٌ مِنْهُمَا في هَذِهِ الْمَسَائِلِ شيئاً ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ أَنْ يَكُونَ جَمِيعُ حَمْلِهَا ، أو جَمِيعُ ما في بَطْنِهَا ذَكَرًا أو أنثى ، وَلَمْ يَوْجَدْ ذَلِكَ .

مَسْأَلَةٌ : [الوصية لأحد شخصين] :

وإن قالَ : وَصَّيْتُ بِهَذَا لِأَحَدِ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ لغيرِ مَعَيَّنٍ . وإن قالَ : أَعْطَوَا هَذَا الْعَبْدَ لِأَحَدِ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ . . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَمْلِيكٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ وَصِيَّةٌ بِالتَّمْلِيكِ . وَلِهَذَا لَوْ قَالَ : بَعْتُ عَبْدِي هَذَا مِنْ أَحَدِ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ . . لَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ . وَلَوْ قَالَ لوكيله : بَعْ عَبْدِي هَذَا مِنْ أَحَدِ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ . . صَحَّ التَّوَكِيلُ .

(١) وكذا لو قال : إذا وضعت جنيناً . . فله مئة ، فإنه يشمل الأنواع الثلاثة .

مسألة : [الوصية لعبد غير وارثه] :

وإن وصّى لعبد غير وارثه . . صحّت الوصيّة ؛ لأنّ ذلك وصيّة لسيّده ، إذ العبد لا يملك .

إذا ثبت هذا : فلا يختلف المذهب أنّ قبول العبد يصحّ ؛ لأنّ الإيجاب له ، والعقد مضاف إليه ، فكان القبول إليه ، كالوكيل في الشراء .

وهل يصحّ قبوله بغير إذن سيّده ؟ فيه وجهان :

[أحدهما] : قال أبو سعيد الإصطخري : لا يصحّ من غير إذن سيّده ؛ لأنّ منافعه مستحقّة للسيّد بكلّ حال ، فلا يملك التصرف فيها بغير إذن السيّد ، كالشراء .

والثاني : يصحّ ، وهو المذهب ؛ لأنّه اكتساب بغير عوض ، فصحّ منه بغير إذن السيّد ، كالاصطياد .

وإن قبل السيّد الوصيّة . . فهل يصحّ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يصحّ ؛ لأنّ الإيجاب للعبد ، فلا يصحّ القبول من غيره ، كالبيع .

والثاني : يصحّ ؛ لأنّ المملك له ، فصحّ القبول منه . ويخالف البيع ، فإنّ القبول فيه لا يصحّ من غير الموجب له ، وفي الوصيّة يصحّ القبول من غير الموجب لها ، وهو إذا مات الموصى له قبل القبول . . فإنّ وارثه يقبل الوصيّة .

فرع : [الوصية لعبد وارثه أو مكاتبه أو أم ولده] :

وإن وصّى لعبد نفسه ، أو لعبد وارثه . . فهو كما لو وصّى لوارثه ؛ لأنّ المملك لسيّده .

وإن وصّى لمكاتبه ، أو لمكاتب وارثه . . صحّت الوصيّة ؛ لأنّه يملك المال ولا سبيل للوارث عليه ، وإنّما يستحقّ المال في ذمّته ، وذلك لا يمنع صحّة الوصيّة له ، كما لو وصّى لرجل في ذمّته دين لوارثه .

وإن وصّى لأُمّ ولدِهِ . . صحّت الوصيّة ؛ لأنّها وقت وجوب الوصيّة حرّة لا ملك لأحد عليها .

وإن وصّى لمُدبّرِهِ . . صحّت الوصيّة ، كما قلنا في أمّ الولد ، فإن خرج من الثلث . . عتق كلّهُ ومَلَكَ الوصيّة . وإن خرج بعض العبد من الثلث . . عتق منه قدر ذلك ، ومَلَكَ من الوصيّة بقدر ما عتق منه .

مسألة : [الوصية بالمجهول] :

وتصحّ الوصيّة بالمجهول ، كالوصيّة بالحمل في البطن واللبن في الضرع . وتصحّ إذا كانت غير معيّنة ، كعبد من عبيد ، وبما لا يقدر على تسليمه ، كالطير في الهواء ، والعبد الآبق ؛ لأنّ الموصى له يخلّف الميّت في ثلث تركته كما يخلّفه الوارث في ثلثها ، فلمّا خلّفه الوارث في هذه الأشياء . . خلّفه الموصى له فيها .

وتصحّ الوصيّة بما يُنتفع به من النجاسات ، كالكلب والدمن^(١) وجلد الميتة ؛ لأنّ الوارث يرث عنه هذه الأشياء ، فكذلك الموصى له .

وتصحّ الوصيّة بالميتة ؛ لأنّ فيها منفعة مباحة ، بأنّ يطعمها كلابه أو بزاته^(٢) أو يأكلها عند الضرورة ، فصحت الوصيّة بها ، كالدمن .

ولا تصحّ الوصيّة بالخمير والخنزير والكلب العقور ؛ لأنّه لا يحل الانتفاع بها .

وهل تصحّ الوصيّة بالمعدوم ، كالوصيّة بمنّ تحمل هذه الجارية ، وبما تحمله هذه الشجرة ؟ فيه وجهان :

[أحدهما] : من أصحابنا من قال : إن قلنا : إنّ الاعتبار بالمال وقت الوصيّة . . لم تصحّ الوصيّة بها .

[والثاني] : المذهب أنّ الوصيّة تصحّ بذلك ، وجهاً واحداً ؛ لأنّ الجهالة لا تؤثر في الوصيّة .

(١) الدمن - وزان حمل - : ما يتلبّد من البعر والزبل والسرجين يجمع كسماد للأرض وللوقد .

(٢) البزاة - جمع باز ، مثل قاض وقضاة - : أحد الجوارح ، كالصقور يستخدم للصيد .

وَأَمَّا إِذَا أَوْصَى لَهُ بِحَمْلِ هَذِهِ الْجَارِيَةِ . . فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ أَنَّ يَكُونُ الْحَمْلُ مُوجُوداً وَقَتَ الْوَصِيَّةِ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْوَصِيَّةِ لِلْحَمْلِ عَلَى مَا مَضَى .

فِرْعُ : [الوصية بالمنافع] :

وَتَصَحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنَافِعِ الَّتِي تُسْتَبَاحُ بِالْإِجَارَةِ وَالْإِبَاحَةِ ، كَسُكْنَى الدَّارِ وَخِدْمَةِ الْعَبْدِ وَثَمَرَةِ الْبُسْتَانِ وَمَا أَشْبَهَهُ . وَهُوَ قَوْلُ كَافَّةِ الْعُلَمَاءِ .

وَقَالَ أَبُو أَبِي لَيْلَى : لَا يَصَحُّ .

دَلِيلُنَا : أَنَّ هَذِهِ الْمَنَافِعَ تَصَحُّ الْمَعَاوِضَةُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَ الْعَبِيدِ وَالذُّوَرِ تُمْلِكُ بِالْإِجَارَةِ ، وَثَمَرَةُ الشَّجَرَةِ تُمْلِكُ بِالسَّاقَاةِ عَلَيْهَا . وَمَا مُلِكَ بِالْمَعَاوِضَةِ عَلَيْهِ . . صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، كَالْأَعْيَانِ .

وَتَصَحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنَفْعَةِ لِرَجُلٍ ، وَبِالْعَيْنِ لِآخَرَ ؛ لِأَنَّ الْمَنَفْعَةَ وَالْعَيْنَ كَالْعَيْنَيْنِ ، فَجَازَ الْعَقْدُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَتَصَحُّ الْوَصِيَّةُ بِمَنَفْعَةٍ مُقَدَّرَةٍ ، وَبِمَنَفْعَةٍ مُؤَبَّدَةٍ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَصَحُّ بِالْمَعْلُومِ وَالْمَجْهُولِ .

فِرْعُ : [وصى له بشيء من ريع ثم وقف المورد] :

وَإِنْ وَصَّى رَجُلٌ لِرَجُلٍ بَدِينَارٍ مِنْ غَلَّةِ دَارِهِ فِي كُلِّ سَنَةٍ ، وَخَرَجَتِ الدَّارُ مِنَ الثَّلَاثِ وَوُقِفَتِ الدَّارُ . . فَلَا يَجُوزُ لِلْوَرِثَةِ بَيْعُهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُسْقِطُ حَقَّ الْمَوْصِي لَهُ مِنْ غَلَّتِهَا ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهَا ، كَالْمَرْهُونِ ، فَيُدْفَعُ إِلَى الْمَوْصِي لَهُ مِنْ غَلَّتِهَا كُلُّ سَنَةٍ دِينَارٌ . فَإِنْ بَقِيَ مِنْ غَلَّتِهَا شَيْءٌ بَعْدَ الدِّينَارِ . . دُفِعَ ذَلِكَ إِلَى الْوَرِثَةِ . وَإِنْ لَمْ يَبْقَ لَهُمْ شَيْءٌ . . فَلَا شَيْءَ لَهُمْ . وَإِنْ لَمْ تَفِ غَلَّةُ الدَّارِ كُلَّ سَنَةٍ بَدِينَارٍ . . فَلَا شَيْءَ لِلْمَوْصِي لَهُ غَيْرَ مَا جَاءَ مِنْ غَلَّتِهَا .

وَإِنْ كَانَتِ الدَّارُ تُغَلُّ كُلَّ سَنَةٍ دَنَانِيرَ كَثِيرَةٍ ، فَقَالَ الْوَرِثَةُ : نَحْنُ نَبِيعُ مِنْهَا قَدَرًا مَا تَزِيدُ غَلَّتَهُ عَلَى الدِّينَارِ وَنُبْقِي مِنْهُ مَا يُغَلُّ دِينَارًا . . لَمْ يَكُنْ لَهُمْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ رَيْبًا نَقَصَ كِرَاءَ الْبَاقِي عَنِ الدِّينَارِ .

مسألة : [تعليق الموصي على شرط في حياته] :

يجوزُ تعليقُ الوصيةِ على شرطٍ في حياةِ الموصي ، بأن يقولَ : إن حجَّ فلانٌ في حياتي ، أو قَدِمَ في حياتي . . فقد أوصيتُ له بكذا ؛ لأنَّ الوصيةَ تصحُّ في المجهولِ ، فصحَّ تعليقُها على شرطٍ ، كالطلاقِ والعِتاقِ .

ويصحُّ تعليقُها على شرطٍ بعدَ موتِ الموصي ، بأن يقولَ : إن حجَّ فلانٌ بعدَ موتي ، أو تعلَّم القرآنَ وما أشبهه . . فقد أوصيتُ له بكذا ؛ لأنَّ ما بعدَ الموتِ في الوصيةِ كحالِ الحياةِ ، فإذا جازَ تعليقُ الوصيةِ ، على شرطٍ في حالِ الحياةِ . . جازَ بعدَ الموتِ .

وإن قالَ : إذا ملكْتُ عبدَ فلانٍ . . فقد أوصيتُ به لفلانٍ ، فملكه . . ففيه وجهانِ : أحدهما - وهو قولُ أبي يعقوبَ الأبيوردِّي ، وأبي حنيفةَ - : (أنَّ الوصيةَ صحيحةٌ ؛ لأنَّ الجهالةَ والغررَ لا تؤثرُ في الوصيةِ) .
والثاني - حكاه الطبريُّ في « العُدَّة » - : أنَّه لا تصحُّ الوصيةُ .

مسألة : [إيجاب قول الموصي في الوصية] :

ولا تصحُّ الوصيةُ إلَّا بإيجابٍ مِنَ الموصي .

قالَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] : والإيجابُ كلُّ ما يدلُّ على التملكِ والعطيةِ ، بأن يقولَ : أوصيتُ فلانٍ بكذا ، أو أعطوا فلاناً كذا ، أو لفلانٍ كذا ، وما أشبهه .

وأما القبولُ : فإن كانتِ الوصيةُ لغيرِ معيَّن ، كالوصيةِ للفقراءِ والمساكينِ . . لزمَتْ بالموتِ ؛ لأنَّه لا يمكنُ اعتبارُ القبولِ منهم .

وإن كانتِ الوصيةُ لمعيَّن ، كالوصيةِ لرجلٍ مسمًى أو لقومٍ^(١) محصورين . . فلا بدَّ مِنَ القبولِ مِنَ الموصي له .

(١) في (م) : (لرجال) .

وهلّ القبول شرط في الملك ؟ فيه وجهان :

[أحدهما] : قال عامة أصحابنا : هو شرط في الملك على ما سيأتي بيانه ؛ لأنه تمليك لعين ، فلم تصح من غير قبول ، كالبيع والهبة .

[والثاني] : قال ابن الصبّاح : ينبغي أن يقال : إنّ القبول في الوصية ليس بشرط في صحة الملك ، وإنما يتبين به اختياره للملك حال الموت ، فتبين حصول الملك بأختياره .

ولا يصح القبول إلا بعد موت الموصي ؛ لأنّ إيجاب الوصية بعد الموت ، فكان القبول بعده .

وإذا قبل الموصي له الوصية بعد الموت . . حكم له بالملك . ومتى يملك ؟ فيه قولان مشهوران :

أحدهما : أنّ الملك حصل له بشرطين : الموت والقبول . وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنه تمليك عين لمعين ، فلم يقع الملك فيه قبل القبول ، كالهبة .

فقولنا : (تمليك) احتراز من الميراث .

وقولنا : (عين) احتراز من الوقف .

وقولنا : (لمعين) احتراز من الوصية للفقراء والمساكين .

والقول الثاني : أنّ الملك موقوف . فإن قبل الموصي له . . تبينّا أنّه ملك بالموت . وإن لم يقبل . . تبينّا أنّه لم يملك ، وأنّ الملك بعد الموت كان للورثة ، وهو الصحيح ؛ لأنّ الموصي به بعد موت الموصي لا يخلو : إمّا أن يقال : إنّ ملك للميت ، أو يقال : إنّ دخل في ملك الورثة ، أو يقال : إنّ قذ ملكه الموصي له ، أو يقال : إنّ مراعى ، فبطل أن يقال : إنّ ملك للميت ؛ لأنه جماد لا يملك . وبطل أن يقال : إنّ ملك للورثة ؛ لأنّهم لا يملكون إلا بعد الدين والوصية ، ولأنّ خلاف الإجماع .

وبطل أن يقال : إنّ قذ دخل في ملك الموصي له ؛ لأنه لو ملكه . . لما صح ردّه له ، كالميراث .

فَإِذَا بَطَلَتْ هَذِهِ الْأَقْسَامُ . . ثَبَتَ أَنَّهُ مُرَاعَى .

وحكى ابنُ عبدِ الحكمِ عَنِ الشافعيِّ قولاً ثالثاً - ليسَ بمشهورٍ - : (أَنَّ الموصيَّ لَهُ يَمْلِكُهُ بِنَفْسِ المَوْتِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُسْتَحَقٌّ بِالمَوْتِ ، فَانْتَقَلَ إِلَيْهِ بِالمَوْتِ ، كَالْمِيرَاثِ) .

فَرَعٌ : [رَدُّ الموصيِّ لَهُ الوصية] :

وَإِنْ رَدَّ الموصيُّ لَهُ الوصِيَّةَ . . ففِيهِ أَرْبَعُ مَسَائِلَ :

إِحْدَاهُنَّ : إِذَا رَدَّهَا فِي حَيَاةِ الموصي . . فَلَا يَصْخُ هَذَا الرُّدُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي هَذِهِ الْحَالِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَصْخُ قَبُولُهُ لِلْوصِيَّةِ ، فَلَمْ يَصْخْ رَدُّهُ ، كَالشَّفِيعِ إِذَا عَفَا عَنِ الشُّفْعَةِ قَبْلَ الْبَيْعِ .

الثَّانِيَةُ : إِذَا رَدَّ بَعْدَ مَوْتِ الموصي ، وَقَبَّلَ الْقَبُولَ . . فَيَصْخُ الرُّدُّ ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ الْقَبُولِ ، فَصَخَّ مِنْهُ الرُّدُّ ، كَالشَّفِيعِ إِذَا عَفَا عَنِ الشُّفْعَةِ بَعْدَ الْبَيْعِ .

الثَّالِثَةُ : إِذَا قَبَّلَ الوصِيَّةَ وَقَبَضَهَا ، ثُمَّ رَدَّهَا . . فَلَا يَصْخُ الرُّدُّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَ الموصيُّ بِهِ ، وَأَسْتَقَرَّ مِلْكُهُ عَلَيْهِ . فَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَمْلِكَهُ الْوَرِثَةُ . . أَفْتَقَرَ إِلَى لَفْظِ التَّمْلِيكِ أَوْ الْهَبَةِ بِشَرْطِهَا .

الرَّابِعَةُ : إِذَا رَدَّ بَعْدَ الْقَبُولِ وَقَبَّلَ الْقَبْضَ . . فَهَلْ يَصْخُ الرُّدُّ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَصْخُ الرُّدُّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَ الموصيُّ بِهِ إِمَّا بِالْقَبُولِ أَوْ بِالمَوْتِ ، فَلَمْ يَصْخْ رَدُّهُ ؛ كَمَا لَوْ وَهَبَهُ عَيْنًا وَقَبَّلَهَا وَقَبَضَهَا بِإِذْنِهِ ، ثُمَّ رَدَّهَا .

وَالثَّانِي : يَصْخُ رَدُّهُ ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ لَمْ يَسْتَقِرَّ عَلَيْهَا بِالْقَبْضِ ، فَصَخَّ الرُّدُّ .

وَإِنْ كَانَ الْقَبْضُ غَيْرَ مُعْتَبَرٍ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ وَقَفًا عَلَى رَجُلٍ . . فَإِنَّ الْقَبُولَ فِيهِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ . ثُمَّ لَوْ رَدَّ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفَ . . لَبْطَلَ الْوَقْفُ عَلَيْهِ . فَكَذَلِكَ هَذَا مِثْلُهُ .

فرع : [الرجوع في قبول الوصية] :

قال في « الأُم » : (إذا ردَّ الموصي له الوصية ، ثمَّ بدا له غير ذلك ، وقال : أريدُ أن أرجع فيها ؛ لأنَّ الوارث لم يقبضها . . لم يكن للموصي له ذلك ؛ لأنَّ الموصي له لمَّا ملك الموصي به وإن لم يقبضه بالوصية . . ملكه الوارث برَدِّ الموصي له ، وإن لم يقبضه الوارث) .

فرع : [ردَّ الوصية إلى وارث] :

قال في « الأُم » : (إذا أوصى لرجل بوصية ، ثمَّ قال الموصي له بعد موت الموصي : رددتُ الوصية لفلان ، وسمي واحداً من الورثة . . رُجع إلى الموصي له ، وقيل له : ما أردت بقولك : لفلان ، فإن قال : أردتُ أني رددتُ الوصية إلى جميع الورثة لأجل ذلك المسمي . . عادت إلى جميع الورثة ، وكان المسمي كغيره ، وإن قال : إنني أردت بذلك أني جعلتها للمسمي خاصة . . اختصَّ المسمي بملكها دون سائر الورثة) .

وإن لم يقبل الموصي له الوصية ، ولم يرد . . كان للورثة مطالبة بالقَبُولِ أو الرَدِّ . فإن أمتنع من القَبُولِ . . حكمَ عليه الحاكم بالردِّ ؛ لأنَّ الملك مترددٌ بينه وبين الورثة ، فهو كما لو تحجَّرَ مواتاً وأمتنع عن إحيائه .

فرع : [موت الموصي لحمل] :

إذا أوصى رجلٌ لحملٍ امرأةً بشيء ، فمات الموصي ، ثمَّ قَبِلَ أبو الحمل الوصية له قَبْلَ الانفصال . . فهل يصحُّ هذا القَبُولُ ؟
اختلف أصحابنا فيه :

فقال الفقهاء : لا يصحُّ القَبُولُ قَبْلَ الولادة ؛ لأنَّه قَبْلَهُ في وقتٍ لا يدري ، هل الحمل موجودٌ أم لا ؟

وقد قال ابنُ سريج : لا يصحُّ الأخذُ بالشُّفَعَةِ للحمل إلا بعدَ الولادة .

وقال الشيخ أبو زيد : فيه وجهان بناءً على القولين في الحمل : هل له حكم أم لا ؟
 فإن قلنا : له حكم . . صحَّ القبول له .
 وإن قلنا : لا حكم له . . لم يصحَّ القبول له إلا بعد الوضع .
 قال : وكذلك الشفعة له ، على هذين الوجهين .

مسألة : [موت الموصي له قبل الموصي] :

وإن أوصى لرجل بوصية فمات الموصي له قبل موت الموصي . . بطلت الوصية ؛
 لأنه مات قبل استحقاق الوصية .
 وإن مات الموصي ، ثم مات الموصي له قبل القبول والرد . . فإن وارت الموصي له
 يقوم مقامه في القبول والرد .
 وقال أبو حنيفة : (تبطل الوصية) .

دليلنا : أنه خيارٌ ثابتٌ في تملك المال ، فقام الوارث مقامه ، كخيار الشفعة .
 فقولنا : (ثابت) احترازٌ من الموصي له إذا ردَّ الوصية قبل موته .

وقولنا : (في تملك المال) احترازٌ ممن أسلم وتحت أكثر من أربع نسوة وأسلمن
 معه ، فمات قبل أن يختار .

فإن ردَّ الوارث الوصية . . كانت ملكاً لورثة الموصي . وإن قبلها الوارث . . فهل
 يقضي منها دين الموصي له وينفذ منها وصاياه ؟

إن قلنا : نبيّن بالقبول أنها ملكت بموت الموصي . . قضي منها دين الموصي
 له ^(١) ، ونفذت منها وصاياه .

وإن قلنا : لا تملك إلا بالقبول . . ففيه وجهان ، حكاها القاضي أبو الطيب :
 أحدهما : لا يقضي منها دين الموصي له ، ولا تنفذ منها وصيته ؛ لأنَّ الوارث
 ملكها بقبوله من جهة الموصي .

(١) في نسخة : (دينه) في الموضعين .

والثاني : يُقضى منها دينُ الموصي له وتنفذُ منها وصيته ؛ لأنَّ الوارثَ مَلَكَهَا بِمَا وَرِثَهُ^(١) عَنِ الموصي له مِنَ القَبولِ ، فصَارَ كالمملوكِ مِنْ تَرَكَتِهِ .

مسألة : [وصية مالك الأمة بها لزوجها] :

وإذا تزوجَ حرٌّ بِأَمَةٍ لغيره ، فأوصى مالكُ الأمّةِ بها لزوجها ، ثُمَّ ماتَ الموصي ، فإنَّ ردَّ الموصي له الوصيّة . . بقيتِ الأمّةُ على ملكِ ورثته الموصي ، والزوجيّةُ باقيةٌ . وإنَّ قَبَلَ الزوجُ الوصيّةَ . . مَلَكَ زوجته ، وأنفسخَ النكاحُ ؛ لأنَّ حكمَ النكاحِ والمِلكِ يتنافيان ، فثبتَ الأقوى وهو المِلكُ ، وسقطَ الأضعفُ وهو النكاحُ .

ومتى يحكمُ بأنفساخِ النكاحِ ؟ يبنى ذلك على وقتِ ملكِ الموصي له الموصي به بعدَ القَبولِ . وقد مضى .

ثمَّ يُنظرُ في الجارية : فإنَّ كانتَ حائلاً . . فلا كلامُ .

وإنَّ كانتَ حاملاً فولدتُ . . فلا تخلو من ثلاثة أحوالٍ : إمّا أن تَضَعَهُ قَبْلَ موتِ الموصي ، أو بعدَ موتِهِ وَقَبْلَ قَبولِ الموصي له ، أو بعدَ موتِهِ وبعدَ قَبولِ الموصي له .

فالحالة الأولى : إذا وَضَعَتْهُ في حياةِ الموصي . . نظرت :

فإنَّ وَضَعَتْهُ لِسِتَّةِ أشهرٍ فما زادَ مِنْ حينِ الوصيّةِ . . كَانَ الولدُ ملكاً للموصي ولورثته بعده ؛ لأنّا لا نحكمُ بوجودِهِ حالَ الوصيّةِ .

وإنَّ وَضَعَتْهُ لِدُونِ سِتَّةِ أشهرٍ مِنْ حينِ الوصيّةِ . . فإنّا نحكمُ بوجودِهِ حالَ الوصيّةِ :

فإنَّ قلنا : إنَّ الحَمْلَ له حكمٌ . . كَانَ الولدُ موصيً بِهِ معَ الأمِّ ، ويمِلِكُهُ الموصي له معَ الأمِّ ، ويعتقُ عليه ، ولا تصيرُ الجاريةُ أُمًّا وَلِدَ له .

وإنَّ قلنا : لا حكمَ له . . كَانَ الولدُ ملكاً لورثته الموصي .

الحالة الثانية : إذا وَضَعَتْهُ بعدَ موتِ الموصي وقَبْلَ قَبولِ الموصي له . . ففي هذا

ثلاثُ مسائل :

(١) في (م) : (ملكه) .

إحداهنَّ : أَنْ تَكُونَ حَمَلَتْ بِهِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، بِأَنْ تَضَعَهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْ حِينِ مَوْتِ الْمُوصِي :

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمُوصِي لَهُ لَا يَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ إِلَّا بِالْقَبُولِ . . فَإِنَّ الْوَلَدَ هَاهُنَا مِلْكٌ لَوْرَثَةِ الْمُوصِي .

وإِنْ قُلْنَا : نَتَبَيَّنُ بِالْقَبُولِ أَنَّهُ مَلَكَ بِمَوْتِ الْمُوصِي ، أَوْ قُلْنَا بِرَوَايَةِ أَبِي عَبْدِ الْحَكَمِ . . فَإِنَّ الْوَلَدَ حُرٌّ الْأَصْلُ ؛ لِأَنَّهَا عُلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ وَلَا وِلَاءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْسُهُ الرُّقُّ ، وَالْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا عُلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ .

المسألة الثانية : إِذَا حَمَلَتْ بِهِ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي وَبَعْدَ الْوَصِيَّةِ ، مِثْلُ : أَنْ تَضَعَهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْ حِينِ الْوَصِيَّةِ ، وَلَاقِلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ مَوْتِ الْمُوصِي : فَإِنْ قُلْنَا : لِلْحَمَلِ حَكْمٌ . . فَإِنَّ الْوَلَدَ غَيْرُ مَوْصِيٍّ بِهِ ، بَلْ كَانَ مِلْكًا لِلْمَوْصِي فِي حَيَاتِهِ ، وَلَوْرَثَتِهِ بَعْدَهُ .

وإِنْ قُلْنَا : لَا حَكْمَ لَهُ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمُوصِي لَهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا بِالْقَبُولِ . . كَانَ الْوَلَدُ مِلْكًا لَوْرَثَةِ الْمُوصِي . وَإِنْ قُلْنَا : نَتَبَيَّنُ بِالْقَبُولِ أَنَّهُ مَلَكَ بِالمَوْتِ ، أَوْ قُلْنَا بِرَوَايَةِ أَبِي عَبْدِ الْحَكَمِ . . كَانَ الْوَلَدُ مِلْكًا لِلزَّوْجِ ، وَيَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَيُثْبِتُ لَهُ عَلَيْهِ الْوِلَاءُ ، وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا عُلِقَتْ بِهِ وَهُوَ مَمْلُوكٌ .

المسألة الثالثة : إِذَا حَمَلَتْ بِهِ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ، بِأَنْ تَضَعَهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ الْوَصِيَّةِ :

فَإِنْ قُلْنَا : لِلْحَمَلِ حَكْمٌ . . كَانَ الْوَلَدُ مَوْصِيٍّ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَعَ الْأُمِّ كَعَيْنٍ أُخْرَى مَوْصِيٍّ بِهَا . فَإِذَا قَبِلَ الْمُوصِي لَهُ الْوَصِيَّةَ . . مَلَكَ الْوَلَدُ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ ، وَثُبِتَ لَهُ عَلَيْهِ الْوِلَاءُ ، وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا عُلِقَتْ مِنْهُ بِمَمْلُوكٍ .

وإِنْ قُلْنَا : لَا حَكْمَ لِلْحَمَلِ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمَلِكَ حَصَلَ بِقَبُولِ الْمُوصِي لَهُ . . فَالْوَلَدُ مِلْكٌ لَوْرَثَةِ الْمُوصِي . وَإِنْ قُلْنَا : نَتَبَيَّنُ بِالْقَبُولِ أَنَّهُ مَلَكَ بِمَوْتِ الْمُوصِي ، أَوْ قُلْنَا بِرَوَايَةِ أَبِي عَبْدِ الْحَكَمِ . . فَقَدْ مَلَكَ الزَّوْجُ الْوَلَدَ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ ، وَثُبِتَ لَهُ عَلَيْهِ الْوِلَاءُ ، وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ .

الحالة الثالثة : إذا وَضَعْتُهُ بَعْدَ مَوْتِ الموصي ، وبعْدَ قَبُولِ الموصي لَهُ . . ففيهِ أَرْبَعُ مسائل :

إحداهُنَّ : أَنْ تَكُونَ حَمَلَتُهُ بَعْدَ الْقَبُولِ ، بِأَنْ تَضَعُهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فِصَاعِدًا مِنْ حِينِ الْقَبُولِ . . فَإِنَّ الْوَلَدَ حُرٌّ الْأَصْلِ ، وَلَا وِلَاءَ عَلَيْهِ ، وَالْأَمَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لِلزَّوْجِ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ .

الثانية : إِذَا حَمَلْتُهُ بَعْدَ مَوْتِ الموصي وَقَبَلَ الْقَبُولِ ؛ بِأَنْ تَضَعُهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فِصَاعِدًا مِنْ حِينِ مَوْتِ الموصي ، وَلِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْقَبُولِ :

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْمَلِكَ لِلْمَوْصِي لَهُ حَصَلَ بِنَفْسِ الْقَبُولِ . . يَثْبِتَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي الْحَمْلِ :

فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ حَكْمٌ . . كَانَ ذَلِكَ مِلْكًا لَوْرَثَةِ الموصي . وَإِنْ قُلْنَا : لَا حَكْمَ لَهُ . . كَانَ مِلْكًا لِلْمَوْصِي لَهُ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ ، وَثَبَتَ لَهُ عَلَيْهِ الْوِلَاءُ ، وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ .

وَإِنْ قُلْنَا : نَتَبَيَّنُ بِالْقَبُولِ أَنَّهُ مَلَكَ بِمَوْتِ الموصي ، أَوْ قُلْنَا بِرَوَايَةِ أَبِي عَبْدِ الْحَكَمِ . . أُنْعَقِدُ الْوَلَدَ حُرًّا الْأَصْلَ ، وَصَارَتِ الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لِلْمَوْصِي لَهُ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ .

الثالثة : إِذَا حَمَلْتُهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ وَقَبَلَ مَوْتِ الموصي ، مِثْلُ : أَنْ تَضَعُهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فِصَاعِدًا مِنْ وَقْتِ الْوَصِيَّةِ ، وَلَاقِلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ مَوْتِ الموصي :

فَإِنْ قُلْنَا : لِلْحَمْلِ حَكْمٌ . . كَانَ ذَلِكَ مِلْكًا لِلْمَوْصِي وَلَوْرَثَتِهِ بَعْدَهُ .

وَإِنْ قُلْنَا : لَا حَكْمَ لِلْحَمْلِ . . مَلَكَ الْمَوْصِي لَهُ الْوَلَدَ بِمِلْكِ الْأُمِّ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ ، وَثَبَتَ لَهُ عَلَيْهِ الْوِلَاءُ ، وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ .

الرابعة : إِذَا حَمَلْتُهُ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ، مِثْلُ : أَنْ تَضَعُهُ لَاقِلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْوَصِيَّةِ . . فَإِنَّ الْوَلَدَ يَكُونُ مِلْكًا لِلْمَوْصِي لَهُ بِكُلِّ حَالٍ ، وَيَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَلَهُ عَلَيْهِ الْوِلَاءُ ؛ لِأَنَّا إِنْ قُلْنَا : لِلْحَمْلِ حَكْمٌ . . فَقَدْ أَوْصَى لَهُ بِهِمَا . وَإِنْ قُلْنَا : لَا حَكْمَ لَهُ . . أَعْتَبِرَ وَقْتَ أَنْفَصَالِهِ ، وَقَدْ أَنْفَصَلَ فِي مِلْكِهِ . وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ بِمَمْلُوكٍ .

فرع : [موت الموصي ثم الموصى له قبل القبول] :

فإن كانت المسألة بحالها ، فمات الموصي ، ثم مات الموصى له قبل القبول والرد ، وله وارث ، إما ابن أو أخ أو غيرهما . قام مقامه في القبول والرد . فإن ردّ الوارث الوصيّة . كانت الجارية وأولادها ملكاً لورثة الموصي .

قال الشافعي : (وكرهت لهم ذلك ؛ لأنّ الأولاد قد يعتقون ويثبت للأمة حكم الاستيلاد ، وذلك يبطل بردّ الوارث) .

وإن قبل الوارث الوصيّة . بُنيت على وقت ملك الموصى له :

فإن قلنا : إنه يملك بنفس القبول . ملك الوارث الجارية وأولادها ، ولا يعتقون عليه ، ولا يرث أولاد الجارية الموصى له ؛ لأنّ وارث الموصى له ملك الجارية وأولادها بالموصى له لا من جهته ؛ لأنّ الموصى له لم يملكهم .

وإن قلنا : نتبين بالقبول أنه ملك بموت الموصي . تبين أنّ الموصى له قد كان ملك الجارية وأولادها قبل موته ، فيكون قبول وارث الموصى له كقبوله .

فكل موضع قلنا في التي قبلها على هذا القول : إذا قبل الموصى له الوصيّة أنّ الجارية تكون ملكاً للزوج وأولادها لورثة الموصي . كان^(١) هاهنا مثله .

وكل موضع قلنا : لو قبل الأب^(٢) الوصيّة على هذا ، وقلنا : يكون أولاد الجارية أحرار الأصل . فإنهم يكونون أحرار الأصل إذا قبل وارث الموصى له الوصيّة إلا أنّ الأولاد يرثون الأب إذا قبل ، ويكونون أحرار الأصل .

وأمّا إذا قبل وارث الموصى له ، وحكمنا بأنّ الأولاد أحرار الأصل . فهل يرثون الأب ؟ اختلف أصحابنا فيهم :

فقال الشيخ أبو حامد : لا يرثون ؛ لأنّا لو جعلنا أولاد الأمة من جُملة الورثة . .

(١) في (م) : (فكذاك) .

(٢) أي : الموصى له .

لوقف صحّة قبول الوصيّة على جماعتهم ، إذ قبول جملة الوصيّة لا تصحّ إلا من جميع الورثة ، وهم عند القبول ممالك لا يصحّ قبولهم ، فتبطل الوصيّة . وإذا بطلت الوصيّة . . سقط عتقهم ، فيؤدي إثبات ميراثهم إلى نفيه ، فثبت العتق وسقط الميراث .

وقال ابن الصبّاغ : يرث أولاد الأمّة ، ويُعتبر قبول من هو وارث في حال اعتبار القبول ؛ لأنّ اعتبار القبول في حقهم يؤدي إلى إسقاطهم وإسقاط الميراث ، فأسقطنا القبول وأثبتنا الميراث ؛ لأنّا لو لم نورثهم . . لأدّى إلى إثبات ولد بلا ميراث .

وقال القاضي أبو الطيّب والمسعوديّ [في « الإبانة »] : إنّ كان الوارث القابل ممّن يحجبّه أولاد الأمّة . . لم يرث أولاد الأمّة . وإن كان ممّن لا يحجبّه أولاد الأمّة . . فهل يرثون ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يرثون ؛ لأنّ تورّثهم لا يؤدي إلى حجب الوارث القابل .

والثاني : لا يرثون ، وهو اختيار المسعوديّ [في « الإبانة »] ؛ لأنّ تورّثهم يُخرج القابل عن أن يكون جميع الورثة ، ولا يصحّ القبول إلا من جميع الورثة .

وقال الدّاركي : إنّ كان القبول ثبت للموصى له وهو مريض . . لم يرثه أولاد الأمّة ؛ لأنّ قبول وارث الموصى له يقوم مقام قبوله ، ولو قبل هو لكان وصيّة ولم يرثه أولاد الأمّة .

وإن ثبت له القبول وهو صحيح . . ورثه أولاد الأمّة ؛ لأنّه لو قبل الوصيّة في صحّته . . لورثه الأولاد ، فكذاك قبول ورثته يقوم مقام قبوله .

فرع : [وصّى بأمّة لمن له ابن منها فماتا] :

وإن وصّى رجل لرجل بأمّة ، وللموصى له ابن منها حرّ يرثه ، فمات الموصى ، ثمّ مات الموصى له قبل القبول والردّ . . فإنّ ابن الموصى له من الجارية الموصى بها يقوم مقامه في القبول والردّ . فإن ردّها . . بقيت على ملك ورثة الموصى . وإن قبلها ، فإن احتملها الثلث . . عتقت على الابن ؛ لأنّا إن قلنا : إنّ الملك يحصل بالقبول . . فقد

مَلَكَهَا أَبْنُهَا بِقَبُولِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : نَتَبَيَّنُ بِالْقَبُولِ أَنَّهَا مُلَكَّتْ بِمَوْتِ الْمُوصِي . . فَبِقَبُولِ
الابْنِ نَتَبَيَّنُ أَنَّ أَبَاهُ كَانَ قَدْ مَلَكَهَا ، ثُمَّ أُنْقَلَتْ مِنْهُ إِرْثًا إِلَى ابْنِهِ ، فَعَتَقَتْ عَلَيْهِ .
وإِنْ لَمْ يَحْتَمِلْهَا الثَّلَاثُ ، فَإِنْ كَانَ الابْنُ مُعْسِرًا . . عَتَقَ مِنْهَا مَا مَلَكَهُ مِنْهَا لَا غَيْرَ .
وإِنْ كَانَ مُوسِرًا بِقِيَمَةِ بَاقِيهَا :

فَإِنْ قُلْنَا : تُمْلِكُ الْوَصِيَّةُ بِنَفْسِ الْقَبُولِ . . قُوَّامَ بَاقِيهَا عَلَى الابْنِ .
وإِنْ قُلْنَا : نَتَبَيَّنُ بِالْقَبُولِ أَنَّهَا مُلَكَّتْ بِمَوْتِ الْمُوصِي . . فَهَلْ تَقُومُ عَلَيْهِ ؟ فِيهِ
وَجْهَانِ :

[أَحَدُهُمَا] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا تَقُومُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ بَعْضَهَا بِالْإِرْثِ مِنْ
أَبِيهِ ، وَمَنْ مَلَكَ بِالْإِرْثِ . . لَمْ يَقُومْ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ وَرِثَ بَعْضَ أُمِّهِ .
و[الثَّانِي] : قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ : تَقُومُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ ؛ لِأَنَّهُ
مَلَكَ بَعْضَهَا بِاخْتِيَارِهِ لِلْقَبُولِ ، فَصَارَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى بَعْضَهَا ، بِخِلَافِ الْإِرْثِ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ
فِي مِلْكِهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ .

فِرْعُ : [الوصية للمبعض] :

وإِنْ أَوْصَى رَجُلٌ لِمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ مَمْلُوكٌ لِوَارِثِهِ^(١) بثلثِ مَالِهِ :
فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَ الْعَبْدِ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ مَهَايَأَةً . . لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ تَصَحِيحَهَا يُؤَدِّي
إِلَى أَنَّ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ .
وإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مَهَايَأَةٌ :
فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْأَكْسَابَ النَّادِرَةَ لَا تَدْخُلُ فِي الْمَهَايَأَةِ . . لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ أَيْضًا ؛ لِمَا
ذَكَرْنَاهُ .

وإِنْ قُلْنَا : إِنَّهَا تَدْخُلُ :

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تُمْلِكُ إِلَّا بِنَفْسِ الْقَبُولِ . . نُظِرَ فِي الْيَوْمِ الَّذِي قَبَلَ فِيهِ

الموصي له الوصية ، فإن كان يوم نفسه . . صحت الوصية له ، وإن كان يوم سيده . . لم تصح الوصية .

وإن قلنا : نتبين بالقبول أن الموصي له ملك الوصية بموت الموصي . . نطري في اليوم الذي مات فيه الموصي ، فإن كان يوم الموصي له . . صحت الوصية له ، وإن كان يوم سيده . . لم تصح الوصية .

وعلط بعض أصحابنا فقال : يُعتبر يوم عقد الوصية ، كما يُعتبر في اللقطة يوم الوجود . وليس بشيء .

وإن وصي لمن نصفه حرّ ونصفه مملوك لأجنبي . . صحت الوصية . فإن لم يكن بينهما مهايأة . . كانت الوصية بينهما . وإن كان بينهما مهايأة :

فإن قلنا : إن الأكساب النادرة لا تدخل في المهايأة . . كانت الوصية بينهما .

وإن قلنا : إنها تدخل . . بني على القولين في وقت ملك الوصية ، وكانت لمن كان يومه يوم ملك الوصية .

فرع : [الوصية لعبد رجل] :

وإن وصي رجل لعبد رجل وصية فعتق العبد . . نظرت :

فإن عتق في حياة الموصي ، ثم قبل العبد المعتق الوصية بعد موت الموصي . . فإن الوصية ملك للعبد دون مولاه .

وإن عتق بعد موت الموصي ، وبعد القبول . . فإن المال للمولى ، لا حق للعبد فيه . وإن عتق بعد موت الموصي وقبل القبول ، ثم قبل العبد : فإن قلنا : إن الوصية تملك بنفس القبول . . فإن الوصية ملك للعبد دون مولاه . وإن قلنا : نتبين بالقبول أنها ملك بموت الموصي . . فالوصية ملك للسيد . فإن امتنع العبد من القبول على هذا . . فهل يجوز للسيد أن يقبل ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له أن يقبل ؛ لأن الملك له .

والثاني : ليس له أن يقبل ؛ لأن الإيجاب للعبد .

فرعٌ : [الوصية لعبده] :

وإن أوصى رجلٌ بثلثِ مالهٍ لعبده . . ففيه ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها - وهو قولُ ابنِ الحَدَّادِ - : أنه يعتقُ ثلثُ العبدِ ؛ لأنَّ العبدَ مِنْ جُمْلَةِ ماله ،
والوصيَّةُ عامَّةٌ فيه وفي سائرِ أمواله ، فصارَ كما لو أوصى له بنفسِهِ . ولا يَقوِّمُ عليه باقي
نفسِهِ ؛ لأنَّه معسرٌ بقيمةٍ باقية .

و[الثاني] : مِنْ أصحابنا مَنْ قالَ : يُجمَعُ ثلثُ التركةِ في العبدِ ، ويعتقُ . وإنَّ فضلَ
مِنَ الثلثِ شيءٌ بعدَ قيمَتِهِ . . دُفِعَ إليه . وإنَّ نَقْصَ الثلثِ عَنْ قدرِ قيمَتِهِ . . عتقَ منه بِقَدْرِ
الثلثِ ورُقَّ باقيه ؛ لما رويَ : (أنَّ رجلاً أعتقَ سِتَّةَ أعبدٍ في مرضِهِ ، فأعتقَ النبيُّ ﷺ
منهُم اثنين وأرقَّ أربعةً)^(١) فجمَعَ الثلثَ لتكميلِ الحرِّيَّةِ ، فكذلكَ هذا مثلهُ .

و[الثالثُ] منهُم مَنْ قالَ : لا تصحُّ الوصيَّةُ ؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّ الموصى بِهِ غيرُ
الموصى له . وإذا لم يدخلِ العبدُ في الوصيَّةِ . . لم تصحَّ الوصيَّةُ .

واللهُ أعلمُ

* * *

(١) أخرجه عن عمران بن حصين مسلم (١٦٦٨) في الأيمان ، باب : من أعتق شركاً له في عبد ،
وأحمد في « المسند » كما في « الفتح الرباني » (١٨٦ / ١٥) .

بابُ ما يُعتبرُ مِنَ الثلثِ

العطايا على ضربين : منجزةٌ وغيرُ منجزةٍ .

فأما غيرُ المنجزة : فهو ما يوصي به الإنسانُ أَنْ يُخرجَ مِنْ مالهِ بعدَ موتهِ ، فيُنظرُ فيه : فَإِنْ وَصَّى بما لَمْ يلزمه في حياته ، كالهبةِ وصدقةِ التطوعِ والمحابةِ والعتيقِ وما أشبهَ ذلكَ . . فَإِنَّ ذَلِكَ يُعتبرُ مِنْ ثلثِ تركتهِ ، سواءَ وَقعتِ الوصيةُ بهِ في الصحةِ أو في مرضِ الموتِ ، أو بعضها في الصحةِ وبعضُها في مرضِ الموتِ ؛ لأنَّ الوصيةَ وعدٌ ، بدليلِ أَنَّهُ يصحُّ الرجوعُ فيها ، وإنَّما تُلزَمُ بموتِ الموصي ، وكلُّها متساويةٌ في وقتِ اللزومِ .

وأما ما وجبَ عليه في حياته ، كالدينِ والزكاةِ والكفارةِ والحجِّ : فَإِنْ لَمْ يوصِ بها . . وَجِبَ قضاؤها مِنْ رأسِ مالهِ ؛ لأنَّه إِنَّمَا مُنِعَ مِنَ الزيادةِ على الثلثِ لحقِّ الورثةِ ، وهذهِ الأشياءُ مقدَّمةٌ على الميراثِ . وَإِنْ وَصَّى بها . . نظرتُ :

فإِنْ وَصَّى أَنْ تَوَدَّى مِنْ رأسِ مالهِ . . أُخرجتُ مِنْ رأسِ مالهِ ؛ لأنَّها في الأصلِ مِنْ رأسِ المالِ ، وَوصيتهُ بها تأكيدٌ .

وإِنْ وَصَّى أَنْ تُخرجَ مِنْ ثلثِ تركتهِ . . أُخرجتُ مِنْ ثلثِ تركتهِ ، وزاحمَ أصحابِ الوصايا في الثلثِ ؛ لأنَّه قصدَ الرِّفقَ بالورثةِ . فَإِنْ لَمْ يَفِ ما يخصُّ الواجبَ مِنَ الثلثِ . . تَمَّ مِنْ رأسِ المالِ على ما سيأتي بيانهُ .

وإِنْ وَصَّى أَنْ يُفعلَ عنه ، وَلَمْ يَقُلْ مِنْ رأسِ المالِ ، ولا مِنَ الثلثِ . . فَاختلفَ أصحابنا فيه :

فمنهم مَنْ قالَ : يُعتبرُ مِنَ الثلثِ ، وهو ظاهرُ النصِّ ؛ لأنَّه في الأصلِ مِنْ رأسِ المالِ فلمَّا وَصَّى بهِ . . عُلِمَ أَنَّهُ قصدَ الرِّفقَ بالورثةِ في أَنْ يُخرجَ مِنَ الثلثِ .

وقالَ أَكثَرُ أصحابنا : يُخرجُ مِنْ رأسِ المالِ ، وهو الأصحُّ ؛ لأنَّه في الأصلِ مِنْ

رأس المال ، والوصية به تقتضي التذكارية ، والنص محمول عليه إذا صرح بأن يفعل من الثلث .

وقال أبو علي بن أبي هريرة : إن لم يقرن بوصيته بالواجب وصية أخرى . . كان من رأس المال . وإن قرن بها وصية أخرى تكون من الثلث ، بأن قال : أفضوا ديني ، وأعتقوا عني رقبة ، أو تصدقوا عني تطوعاً بكذا . . كان جميع ذلك من الثلث ؛ لأنه لما قرن الواجب مع ما يخرج من الثلث . . علم أن الجميع من الثلث .

وأما العطايا المنجزة : فمثل أن يهب ويقبض ، أو يبيع ويشترى بمحاباة . فإن كان ذلك في صحته . . اعتبر من رأس ماله وإن تأتى^(١) على جميع ماله ؛ لأنه لا حق لأحد في ماله ، ولا اعتراض عليه . وإن فعل ذلك في مرضه . . فالمرضى على ثلاثة أضرب :

مريض حكمه حكم الصحيح ، ومريض حكمه حكم الميت ، ومريض يخاف عليه التلف من مرضه ويرجى برؤه .

فأما [الضرب الأول] الذي حكمه حكم الصحيح فهو : أن يكون به مرض لا يخاف عليه منه التلف ، مثل : حمى يوم ، ووجع الضرس والصُّدَاعِ ووجع العين وما أشبه ذلك . . فهذا حكم تصرفه حكم الصحيح ؛ لأن هذه الأشياء لا يخاف منها التلف غالباً ، ولا يخلو الإنسان من مثلها . وإن اتصل الموت بهذه الأشياء . . صار كمن مات فجأة بلا مرض .

وفي هذا المعنى : المريض الذي لا يرجى برؤه ، ولكنه يطول بصاحبه ، ولا يعاجله الموت منه ، كالسَّلِ في ابتدائه ، والفالج إذا طال به ، وما أشبه ذلك مما لا يخاف منه معاجلة الموت . وإن تحقق أنها لا تزول . . فحكمه حكم الصحيح ، كتصرف الشيخ الهرم . هذا نقل البغداديين من أصحابنا .

وقال المسعودي [في «الإبانة» ق/ ٤٠٤] : الاعتبار بالمال لا بالحال ، فلو كان مرضاً يسيراً فمات منه . . بأن أنا أخطأنا ، وأنه مخوف .

وَأَمَّا [الضربُ الثاني] المريضُ الذي حَكَّمَهُ حَكْمُ المَيِّتِ فهو : الميؤوسُ مِنْ حياته ، مثلُ : أَنْ يَكُونَ فِي التَّرْعِ وَقَدْ شَخَصَ بَصْرُهُ وَأَبْيَضَتْ عَيْنَاهُ ، أَوْ يَكُونَ قَدْ علاهُ الماءُ وَلَا يُحَسِّنُ العَوْمَ ، أَوْ كَانَ قَدْ قُطِعَ حَلْقُهُ وَمَرِيئُهُ ، أَوْ خَرَجَتْ حَشْوَتُهُ أَوْ أُبَيِّنَتْ ، أَوْ قُطِعَ بَنَصْفَيْنِ وَهُوَ يَتَكَلَّمُ - وَحَكَّى أَبُو عَلِيٍّ بْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ : أَنَّ رَجُلًا قُطِعَ بَنَصْفَيْنِ ، فَجَعَلَ يَعَاتِبُ مَنْ فَعَلَ بِهِ ذَلِكَ - فَهَذَا لَا حُكْمَ لِكَلَامِهِ فِي وَصِيَّةٍ وَلَا عَقْدٍ وَلَا إِسْلَامٍ وَلَا تَوْبَةٍ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : فَإِنْ جَنَى جِنَايَةً ، أَوْ أَتْلَفَ مَالًا . . . لَمْ يَلْزِمُهُ ضَمَانُهَا . وَإِنْ قَتَلَهُ قَاتِلٌ . . . لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ قَوْدٌ وَلَا دِيَّةٌ وَلَا كَفَّارَةٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ ، وَإِنَّمَا يَتَحَرَّكُ حَرَكَةً مَذْبُوحٍ ، وَهَذِهِ حَالَةُ فِرْعَوْنَ الَّتِي قَالَ بِهَا : ﴿ ءَاْمَنْتُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا الَّذِي ءَاْمَنْتُ بِهِ بَنُو إِسْرَءِيلَ وَأَنَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ ﴾ [يونس : ٩٠] فَلَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ . وَهِيَ الْحَالَةُ الَّتِي قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِيهَا : ﴿ وَلَيْسَتْ التَّوْبَةُ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السَّيِّئَاتِ حَتَّى إِذَا حَضَرَ أَحَدَهُمُ الْمَوْتُ قَالَ إِنِّي تُبْتُ الْفَنَ ﴾ [النساء : ١٨] .

وَأَمَّا الضَّرْبُ الثَّلَاثُ : فهو المرضُ الذي يُخَافُ مِنْهُ التَّلَفُ غَالِبًا ، وَقَدْ يُرْجَى الْبَرَاءُ مِنْهُ ، فَهَذَا إِذَا وَصَّى فِيهِ . . . صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ . وَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهِ . . . صَحَّ تَصَرُّفُهُ . وَإِنْ أَعْتَقَ أَوْ وَهَبَ وَأَقْبَضَ أَوْ حَابَى فِيهِ بِالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ . . . صَحَّ جَمِيعُ ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ ﴾ [البقرة : ١٨٠] وَلَمْ يُرَدْ بِهِ الْمَوْتُ نَفْسُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ مَعَهُ الْوَصِيَّةُ ، وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ : إِذَا حَضَرَ سَبَبُ الْمَوْتِ .

وَرَوَى : (أَنَّ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمَّا طُعِنَ . . . سَقَاهُ الطَّيِّبُ لَبْنًا ، فَخَرَجَ مِنَ الْجَرْحِ ، فَقَالَ : اِعْهَدْ إِلَى النَّاسِ ، فَعَهَّدَ ، وَأَمْضَتْ الصَّحَابَةُ عَهْدَهُ) .

فَإِنْ كَانَ فَعَلَهُ ذَلِكَ فِي حَالِهِ مَخُوفَةٍ : فَإِنْ بَرَى . . . لَزِمَ الْكُلَّ ، وَإِنْ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ . . . أُعْتَبِرَتْ تَبَرُّعَاتُهُ فِيهِ مِثْلُ الْعَتَقِ وَالْهَبَةِ وَالْمَحَابَةِ مِنْ ثَلَاثِ تَرَكَّتِهِ ؛ لَمَا رَوَى عِمْرَانُ بْنُ الْحَصِينِ : (أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ ، لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ ، فَجَزَّاهُمْ النَّبِيُّ ﷺ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءَ ، وَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرْقَى أَرْبَعَةً) .

وروي : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ » .

ولأنَّه في تلك الحالة يتخوَّفُ الورودَ على الله ، وقد يحمله ذلك الخوفُ على أن يتصدَّقَ بجميع ماله تقرباً إلى الله ويتلفه على الوارث ، فيُضِرُّ به ، فلذلك قُصِرَ تصرُّفه على ثلث تركته .

فأما إذا أنفق ماله في لذاته من المطعم والمشرب والملبس . . فإنه يكون من أصل ماله وإن استغرق جميع ماله ؛ لأنَّ منفعة نفسه مقدَّمة على منفعة الورثة .

إذا بُتَّ هذا : فقد ذكر الشافعي الأمراض المخوفة وغير المخوفة ، فبدأ بذكر الحمى ، وهي على ضربين : مُطَبِّقَةٌ وغير مُطَبِّقَةٍ .

فأما المطبقة : فإنها لا تكون مخوفة في يوم ولا يومين . فإذا أعطى في تلك الحال . . لم يُعتبر من الثلث ؛ لأنَّ العادة ما جرت بأنَّ الإنسان يضعفُ بحمى يوم ولا يومين ، ولا يُخافُ منه التلف . فإذا دامت وأتصلت . . صارت مخوفة ، وما أعطاه في تلك الحال ، اعتبر من الثلث ؛ لأنَّه يُخافُ منها التلف .

وأما غير المطبقة فهي : الغب^(١) : التي تجيء يوماً وتذهب يوماً . والرئع : وهي التي تجيء يوماً وتذهب يومين ، ثم تعود في اليوم الرابع ، فهذه الحمى ليست بمخوفة وإن طالَّت زماناً ؛ لأنَّه وإن ضعف في يوم الحمى ، فإنه يقوى في يوم الصَّحَّة ، فتكون القوة بإزاء الضعف فتتعدلان .

قال الشافعي : (فإن كان معها وجع . . كان مخوفاً وذلك مثل البرسام ، أو الرُعاف الدائم أو ذات الجنب أو الخاصرة أو القولنج^(٢)) .

(١) الغب : من كل شيء عاقبه وآخره ، وحمى الغب ، يقال غَبَّتْ تَغْبُ غَبّاً : هي التي تنوب يوماً بعد يوم ، مأخوذ من غَبَّ الإبل بأن يسقيها يوماً ويتركها يوماً أو أياماً ، وقد وصف حال الحمى المتنبي بقوله :

وزائرتني كأنَّ بها حياءَ فليس تزور إلا في الظلام
بذلت لها المطارفَ والحشايا فعافتها وباتت في عظامي

(٢) القولنج : مرض معد مؤلم يصعب معه خروج البراز والريح ، وسببه التهاب القولون .

وظاهرُ هذا : أنَّ هذه الأمراضَ ليستَ بمخوفةٍ إلاَّ إذا أنضافتَ إلى حُمى الغبِّ أو الرُّبَعِ .

قال أصحابنا : وليسَ هذا على ظاهره ، بل هذه الأمراضُ مخوفةٌ وإن أنفردتْ ، وإنَّما هي مع الحُمى أشدُّ خوفاً . وقد نصَّ على ذلك في « الأُمِّ » ؛ لأنَّ (البرسام) : بخارٌ من الحُمى يرتقي إلى الرأسِ أو الصدرِ فيختلطُ معه العقلُ فيَهْذي ، فيكونُ مخوفاً . وأمَّا (الرُّعافُ) : فإنَّ كانَ يسيراً لحظةً أو ساعةً . . فليسَ بمخوفٍ . وإنَّ كانَ متصلاً دائماً . . فهو مخوفٌ ؛ لأنَّه يُنزِفُ دمه ، فهو كما لو أفتصدَّ (١) ولم يسدَّه .

وأمَّا (ذاتُ الجنبِ) : فهو داءٌ يقعُ في الجنبِ ، فيرمُ وينتفخُ وينفدُ ، ويكونُ ذلكَ بقربِ القلبِ ، يؤلِّمُ ألماً شديداً ، وربَّما أنفتحَ إلى قلبه فماتَ عقيبه .

وكذلكَ (ذاتُ الخاصرةِ) : جرحٌ يقعُ في الخاصرةِ . . فهو مخوفٌ . وكذلكَ قروحُ الصدرِ والرئةِ مخوفةٌ ؛ لأنَّه يصعبُ علاجُ قروحِ الصدرِ ، والرئةُ لا تقبلُ العلاجَ ؛ لأنَّها تضطربُ أبداً وتتحركُ فلا تقبلُ العلاجَ .

(والقولنجُ) : هو أنَّ يستمسكَ طبعه فيحُمى جسمه ، ويرتفعُ إلى رأسه بخاراتُ نَحْمِيَّةٌ ، فيختلطُ معها العقلُ ، فيهلكُ .

وأمَّا (القيامُ) : فهو إسهالُ البطنِ ، فإنَّ كانَ مُسترسلاً بحيثُ لا يقدِرُ على حبسه ، بل يخرجُ منه بغيرِ اختياره . . فهو مخوفٌ وإنَّ كانَ قليلاً ؛ لأنَّ هذا لا يكونُ إلاَّ بسقوطِ القوَّةِ ، ويخشى منه معاجلةُ الموتِ .

وإنَّ كانَ غيرَ مسترسلي ، ويمكنه إمساكُ نفسه فيه ، فإنَّ كانَ ذلكَ يوماً أو يومين ، وليسَ معه دمٌ . . فليسَ بمخوفٍ ؛ لأنَّه لا يخافُ منه التَّلَفُ إذ قد يكونُ من غيرِ علَّةٍ ، وقد يكونُ من أمتلاءٍ فيدفعُ الطبيعةُ ، فتحلُّ محلَّ الدواءِ .

وإذا كانَ محتلاً . . لم يُجعلْ مخوفاً . وإنَّ جاوزَ يومين . . صارَ مخوفاً ؛ لأنَّه يُنشَفُ الرطوبةُ الغريزيَّةُ ، فتغلبُ اليبوسةُ عليه ، فتؤدِّي إلى التَّلَفِ .

(١) الفصد : إخراج مقدار من دم الوريد بقصد العلاج .

فَإِنْ أَنْصَفَ إِلَى الْقِيَامِ رُحَيْرٌ^(١) أَوْ تَقْطِيعٌ . . كَانَ مَخَوْفًا بِكُلِّ حَالٍ . فَالزَّحِيرُ : أَنْ يَخْرُجَ مِنْهُ الشَّيْءُ بِشِدَّةٍ وَمَشَقَّةٍ وَذَلِكَ يَهْدُهُ . وَالتَّقْطِيعُ : أَنْ يَخْرُجَ مِنْهُ الشَّيْءُ بَعْدَ الشَّيْءِ مَتَقَطَّعًا بِشِدَّةٍ .

وَأَمَّا إِذَا كَانَ فِي إِسْهَالٍ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ دَمٌ . . فَقَدْ نَقَلَ الْمُزْنِيُّ : (أَنَّهُ لَا يَكُونُ مَخَوْفًا) ، وَنَقَلَ الرَّبِيعُ : (أَنَّهُ يَكُونُ مَخَوْفًا) .
وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ :

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الصَّحِيحُ مَا نَقَلَهُ الرَّبِيعُ ؛ لِأَنَّ الدَّمَ يَخْرُجُ مِنَ الْأَعْضَاءِ الشَّرِيفَةِ ، كَالْكَبِدِ وَالطَّحَالِ وَنَحْوِ ذَلِكَ ، وَذَلِكَ مَخَوْفٌ .
وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : هِيَ عَلَى اخْتِلَافٍ حَالِيْنِ :

فَالَّذِي نَقَلَهُ الرَّبِيعُ : أَرَادَ : إِذَا كَانَ خُرُوجُ الدَّمِ مِنَ الْكَبِدِ وَالطَّحَالِ وَنَحْوِهِمَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَنْ قُرُوحٍ بِهَا .

وَالَّذِي نَقَلَهُ الْمُزْنِيُّ : أَرَادَ : إِذَا كَانَ خُرُوجُ الدَّمِ مِنَ الْمِقْعَدَةِ - وَهُوَ : الْبَوَاسِيرُ - فَلَا يَكُونُ مَخَوْفًا مَا لَمْ يَتَاطَوْا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخَافُ مِنْهُ التَّلَفُ .

فَرُعٌ : [غَلَبَةُ خُرُوجِ الدَّمِ وَالبَلْغَمِ وَنَحْوِهِمَا] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ : (وَمَنْ سَاوَرَهُ الدَّمُ حَتَّى تَغَيَّرَ عَقْلُهُ أَوْ الْمَرَأُ ، أَوْ الْبَلْغَمُ . . كَانَ مَخَوْفًا) وَهَذَا كَمَا قَالَ : إِذَا سَاوَرَهُ الدَّمُ ، أَيْ غَلَبَهُ وَهَاجَ عَلَيْهِ : وَهُوَ أَنْ يَنْصَبَّ الدَّمُ إِلَى طَرَفٍ مِنْ بَدْنِهِ مِنْ يَدٍ أَوْ رِجْلِ أَوْ فَخِذٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَيَتَفَخَّحُ وَيَرِمُ وَيَحْمَرُّ^(٢) . . فَهُوَ مَخَوْفٌ .

قَالَ الشَّافِعِيُّ : (تَغَيَّرَ عَقْلُهُ أَرَلَمْ يَتَغَيَّرْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ مِنْ فَرَطِ الْحُمَّى ؛ لِأَنَّهُ يَذْهَبُ بِالرُّطُوبَةِ الْغَرِيزِيَّةِ ، فَيَهْلِكُ) .

(١) زحيرٌ - مأخوذ من الزحار - : مرض يتميز بتبرز متقطع معظمه دم ومخاط ويصعبه ألم وتعب .

(٢) يحمرُّ ، ثم يسود ، وهو ما يدعى بالغرغرينة ، ثم يؤول إلى الجذام : وهو علة تتأكل منها الأعضاء وتتساقط .

وكذلك إذا ساوره المراز - أي : وأتته ، وهي الصفراء إذا أنصبت إلى موضع من بدنه ؛ لأنه يكون من فضل الحمى - فيخاف عليه .

وإن غلب عليه البلغم - وهو من الرطوبة وأبداء الفالج - فهو مخوف أيضاً ؛ لأنه أول ما يثور يستمسك لسانه وتسقط قوته ، فربما أطفأ الحرارة الغريزية ، فيهلك . فإذا استقر وأطلق لسانه . صار فالجاً ، ولم يكن مخوفاً ؛ لأنه لا يخشى منه معالجة الموت .

وكذلك السُّلُّ : لا يخاف منه معالجة الموت وإن كان يتحقق أنه لا يبرأ منه ، كما أنَّ الإنسان إذا كبر وهرم يتحقق أنه لا يعود شاباً ، وأنه يموت عن كبره ، وليس بمخوف .

فرعٌ : [الطاعون مرض مخوف] :

قال الشافعي : (الطاعون مخوف حتى يذهب)^(١) .

قال الشيخ أبو حامد : أراد : إذا كان بالمرء طاعونٌ . . فإنه مخوف حتى يذهب عنه ؛ لأنه من غلبة الدم والحمى على جميع بدنه .

وقال المسعودي [في «الإبانة» ق/٤٠٥] : إذا حصل ببلد طاعونٌ ، فمن كان بذلك البلد . . فأمره مخوفٌ ، وإن لم يطعن بعد .

وإن أشكل شيء من الأمراض : هل هو مخوف أو غير مخوف ؟ رُجع فيه إلى أهل الصنعة من أهل الطب ، كما يرجع فيما أشكل من الشرع إلى أهل الفقه ، ولا يقبل فيه أقل من طيبين ؛ لأن ذلك محل^(٢) محل الشهادة . ولا يقبل فيه إلا قول مسلمين عدلين ، كما قلنا في الشهادة .

قال المسعودي [في «الإبانة» ق/٤٠٥] : ولا يقبل فيه قول رجل وأمرأتين ؛ لأن

(١) جاء في هامش نسخة : (لأنه من شدة الحرارة ، إلا أنه في جميع البدن ، وهيجان الدم الذي ذكره يكون في بعضه . ولهذا فرق بينهما في الذكر) .

(٢) في (م) : (يحصل) .

المقصود إثبات المرض لا إثبات المال ، وإنما يثبت المال بشهادة رجلٍ وأمرأتين .

وأما المجروح : فيُنظر فيه :

فإن كان الجرح نافذاً إلى الدماغ أو البطن . . فهو مخوف ؛ لما روي : (أن عمر رضي الله عنه لما طعن ، سقاه الطبيب لبناً ، فخرج من جوفه ، فقال له : إعهذ إلي الناس) ولأن الهواء يدخله ، وتهب فيه الريح فتششف رطوبته .

وإن لم يكن نافذاً . . فحكمه وحكم من ضرب بعصاً أو خشبة أو حجرٍ واحد ، فيُنظر فيه ، فإن ألمه وحصل منه ورمٌ وجمع مدّة^(١) . . فهو مخوف ؛ لأنه قد يسري . وإن لم يجمع مدّة ، وليس فيه ورمٌ ولا ألم . . فليس بمخوف . فإن أخذت الجراحة في البرء . . قال الشيخ أبو حامد : فقد خرج عن أن يكون مخوفاً .

فرع : [حمل المرأة ليس بمخوف] :

وأما الحمل في المرأة : فليس بمخوف قبل الطلق .

وقال مالك : (إذا بلغت المرأة ستة أشهر . . صارت مخوفاً عليها ، فيكون تصرفها في ثلث تركتها) .

وقال ابن المسيب : الحمل مخوف من ابتدائه .

دليلنا : أن الحمل ليس بحال خوف ، وإنما هو يقرب إلى حال الخوف ، فهو كالصحة .

فأما إذا ضرب الحامل الطلق - وهو وجع الولادة - فهو مخوف على المنصوص عليه . وفيه قول آخر : (أنه غير مخوف) ؛ لأن السلامة منه أكثر ، والأول أصح ؛ لأن وجع الولادة أشد من المرض المخوف ؛ لأن الولد يخرج من الرحم الذي ضيق رأسه كالإحليل ، وربما كان سبباً لتلفها .

(١) المدّة : القيح ، وهي الغثية الغليظة ، أما الرقيقة : فهي صديد ، وأمد الجرح إمداداً : صار فيه مدّة .

قَالَ الشَّافِعِيُّ : (وَكَذَلِكَ طَلَقُ الْإِسْقَاطِ) .

قَالَ أَصْحَابُنَا : إِنَّ أَسْقَطَتُهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ . . كَانَ مَخَوْفًا ؛ لِأَنَّ وَلَادَتَهُ أَشَقُّ مِنْ وَلَادَةِ الْحَيِّ ؛ لِأَنَّ الْحَيَّ يَسْهُلُ خُرُوجُهُ لِلْحَرَارَةِ الَّتِي فِيهِ ، وَهِيَ الْحَيَاةُ . وَإِذَا كَانَ مَيِّتًا . . بَرَدَ وَثَقَلَ ، فَعَسُرَ خُرُوجُهُ . وَإِنْ وَلَدَتْهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ . . فَلَيْسَ بِمَخَوْفٍ ؛ لِأَنَّهُ مُضَغَّةٌ أَوْ شَيْءٌ لَمْ يَتَخَلَّقْ ، فَهُوَ كَقِطْعَةٍ لَحْمٍ ، فَلَا يَشُقُّ خُرُوجُهُ .

قَالَ الشَّافِعِيُّ : (فَإِنْ أَنْفَصَلَ الْوَلَدُ وَخَرَجَ . . فَلَيْسَ مَا بَعْدَهُ بِمَخَوْفٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ جَرْحٌ وَالْمُ وَضْرَبَانٌ ^(١) . . فَيَكُونُ مَخَوْفًا) .

فِرْعُ : [صفة الحرب المخوفة] :

وَإِنْ وَقَعَ الْقِتَالُ بَيْنَ طَائِفَتَيْنِ مُسْلِمَتَيْنِ ، أَوْ مُسْلِمَةٍ وَكَافِرَةٍ ، أَوْ كَافِرَتَيْنِ : فَإِنْ كَانُوا يَتَرَامُونَ مِنْ بَعْدٍ . . قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : فَلَيْسَ بِمَخَوْفٍ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُصِيبُ الرَّمِيَّ وَقَدْ يَخْطِئُ ، وَلَيْسَتْ إِصَابَتُهُ بِأُولَى مِنْ خَطِئِهِ .

وَإِنْ أَلْتَحَمَ الْقِتَالُ ، وَاخْتَلَطَ الْفَرِيقَانِ : فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَى الطَّائِفَتَيْنِ أَكْثَرَ عِدْدًا مِنَ الْأُخْرَى بِزِيَادَةٍ كَثِيرَةٍ . . فَالْقَلِيلَةُ مَخَوْفٌ عَلَيْهَا . وَإِنْ كَانَتَا مُتَسَاوِيَتَيْنِ . . فَتَقَلُّ الْمُزْنِيُّ : (أَنَّهُ مَخَوْفٌ عَلَيْهِمَا) .

وَقَالَ فِي « الْإِمْلَاءِ » : (تُعْتَبَرُ الْعَطَايَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ) . فَالْمَسْأَلَةُ عَلَى قَوْلَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ مَخَوْفٌ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ يُخَافُ مِنْهُ التَّلَفُ ، فَهُوَ كَالْمَرَضِ الْمَخَوْفِ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ لَيْسَ بِمَخَوْفٍ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْدَثْ فِي الْجِسْمِ شَيْءٌ ، فَهُوَ كَالصَّحِيحِ .

(١) فِي « الصَّحَاحِ » : وَضَرْبُ الْجَرْحِ ضَرْبَانًا بَفَتْحِ الرَّاءِ ، وَاسْتَعْمَلَهَا الشَّافِعِيُّ فِي « الْأَمِّ » (٣٥ / ٤) : (وَلَا يَصِيبُهُ فِيهَا ضَرْبَانٌ وَلَا أَذًى . . .) ، وَفِي « مُخْتَصَرِ الْمُزْنِيِّ » (١٧٢ / ٣) : (وَلَمْ يَغْلِبْ لَهَا وَجَعٌ وَلَا ضَرْبَانٌ وَلَمْ يَأْتِكُلْ . . .) فَلَعَلَّ الْمُرَادَ تَوَالِي ثَوْرَانِ أَلَمَ الْجَرْحَ كَالطَّلَقَةِ وَالتَّنْمِيلِ وَالْخَدْرَانِ وَنَحْوِهِ .

وإن وَقَعَ رجلٌ في أسْرِ الكَفَّارِ : فَإِنْ كانوا^(١) قوماً لَا يَرُونَ قَتْلَ الْأَسْرَى - كالروم -
فَالْأَسْرُ مَعَهُمْ لَيْسَ بِمَخُوفٍ ؛ لِأَنَّ عَادَتَهُمْ أَنَّهُمْ يَحْبِسُونَ الْأَسْرَى وَلَا يَقْتُلُونَهُمْ .
وإن كانوا قوماً يَرُونَ قَتْلَ الْأَسْرَى . فنَقَلَ الْمُزْنِيُّ : (أَنَّهُ مَخُوفٌ) .
وَقَالَ فِي « الْإِمْلَاءِ » : (لَيْسَ بِمَخُوفٍ) . فَاَلْمَسْأَلَةُ عَلَى قَوْلَيْنِ وَتَعْلِيلُهُمَا
مَا مَضَى .

وإن رَكِبَ فِي الْبَحْرِ ، فَهَبَّتِ الرِّيحُ وَارْتَفَعَتِ الْأَمْوَاجُ وَالتَّطُمْتُ - وإن لَمْ تَتَكَسَّرِ
السَّفِينَةُ - ففِيهِ قَوْلَانِ ، وَتَعْلِيلُهُمَا مَا ذَكَرْنَاهُ^(٢) .
وإن كَانَ لِمُسْلِمٍ عَلَى مُسْلِمٍ قَتْلُ قِصَاصٍ وَقُدِّمَ لِقَتْلِ الْقِصَاصِ . فنَقَلَ الْمُزْنِيُّ : (أَنَّهُ
غَيْرُ مَخُوفٍ مَا لَمْ يُجْرَخْ) .
وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهَا :

فَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : هِيَ عَلَى قَوْلَيْنِ كَالْمَسَائِلِ الثَّلَاثِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَيْسَ بِمَخُوفٍ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ خَلَقَ الرَّحْمَةَ وَالرَّأْفَةَ فِي قَلْبِ
الْمُؤْمِنِ ، وَقَدْ يَرِيقُ لِأَخِيهِ الْمُسْلِمِ إِذَا قَدَّرَ عَلَيْهِ ، وَيَعْفُو عَنِ الْقِصَاصِ . وَلَا رَحْمَةً فِي
قَلْبِ الْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمِ فَيُجْرِي مِنْهُ تَرْكُ الْقَتْلِ . وَكَذَلِكَ فِي حَالِ التَّحَامِ الْقِتَالِ وَارْتِفَاعِ
الْأَمْوَاجِ لَا يَوْجَدُ هَذَا الْمَعْنَى .

مَسْأَلَةٌ : [تبرعات الثلث المنجزة والمؤخرة] :

وإن عَجَزَ الثَّلَثُ عَنِ التَّبَرُّعَاتِ . . فَلَا تَخْلُو التَّبَرُّعَاتُ : إِمَّا أَنْ تَكُونَ مَنْجُزَةً أَوْ
مَوْخَرَةً ، أَوْ بَعْضُهَا مَنْجُزٌ وَبَعْضُهَا مَوْخَرٌ .
فإن كَانَتْ مَنْجُزَةً ، مِثْلُ : أَنْ بَاعَ وَحَابِي أَوْ وَهَبَ وَأَقْبَضَ أَوْ أَعْتَقَ عِتْقًا نَافِذًا . .
نَظَرْتُ : فإن كَانَتْ تَبَرُّعَاتُهُ وَقَعَتْ فِي جَنْسٍ وَاحِدٍ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ ، مِثْلُ : الْمَحَابَاةِ أَوْ

(١) فِي (م) : (كَانَ الْكَفَّارُ) .

(٢) فِي (م) : (مَا مَضَى) .

الهيئة أو العتق ، فإن فعل ذلك متفرقاً ، مثل : أن أعتق عبداً ثم أعتق عبداً ، أو حابئ ثم حابئ . . فإنه يبدأ بالأول فالأول . فإن استوفى الثلث بالأول . . لزم ، وكان ما بعده موقوفاً على إجازة الورثة . وإن بقي من الثلث شيء بعد الأول . . لزم من الثاني بقدر ما بقي من الثلث ، وما زاد على الثلث موقوف على إجازة الورثة ؛ لأن المريض لا ينفذ تبرعته إلا في ثلث التركة ، وقد سبق الأول ، فقدّم لسبقه ، فلزم في حق الورثة .

وإن وقعت تبرعاته في حالة واحدة . . نظرت : فإن كانت عتقاً ، بأن قال لجماعة عبيد : أعتقكم . . أفرع بينهم ، ويعتق منهم قدر ثلث التركة ؛ لما روى عمران بن الحصين : (أن رجلاً أعتق في مرض موته ستة مملوكين له ، فأفرع النبي ﷺ بينهم بعد موته ، فأعتق اثنين وأرق أربعة) .

وإن كانت تبرعاته محاباة أو هبة ، بأن باع جماعة بكلمة واحدة وحاباهم ، أو وهبهم وأقبضهم في حالة واحدة ، أو وكّل من فعل ذلك عنه ، ووقع ذلك في حالة واحدة . . قسّط الثلث بينهم على قدر محاباتهم .

والفرق بين العتق وغيره من التبرعات : أن القصد من العتق تكميل الأحكام ، ولا يحصل ذلك إلا بعتق جميع الرقبة ، والقصد من غير العتق الملك للموصى له ، وذلك يحصل وإن ملك الموصى له بعض ما وصّى له به .

وإن كانت تبرعاته في أجناس من التصرفات ، مثل أن أعتق وباع وحابئ وهب وأقبض : فإن وقع ذلك في حالة واحدة ، مثل أن وكّل من يبيع من رجل يبيعاً فيه محاباة ، ووكل آخر يهب من رجل عيناً ويقبضه ، وأعتق هو أو وكيله عبداً ، أو وقعت هذه التصرفات في حالة واحدة ، ولم يحتمل الثلث جميعها . . قسّط الثلث بين الجميع على التساوي إن تساوت عطاياهم ، وعلى التفاضل إن تفاضلت ؛ لأنه لا مزية لبعضهم على بعض في السبق . وإن وقعت هذه التصرفات متفرقة . . قدّم الأول فالأول على ما ذكرناه في الجنس الواحد .

وقال أبو حنيفة : (إن حابئ أولاً ثم أعتق . . قدّمت المحاباة . وإن أعتق أولاً ثم حابئ . . سوي بينهما ؛ لأن العتق حق لله تعالى ، والمحاباة حق للادمي ، فلم يقدّم حق الله ، كما لو أعتق المريض عبداً ثم أقر بدين لادمي ، فإن الدين مقدّم) .

ودليلنا : أنَّهما عطيتان منجزتان ، لو أنفردت كل واحدة . . لَلَزِمَتْ . فإذا اجتمعتا ولم يحتملها الثلث . . قُدِّمَتِ الأولى منهما ، كما لو حابى أولاً ، ثُمَّ أَعْتَقَ .
فقولنا : (منجزتان) احترازٌ ممَّا لو كانتا مؤخَّرتين ، أو إحداهما منجزَّة والأخرى مؤخَّرة .

وقولنا : (لو أنفردت كل واحدة لَلَزِمَتْ) احترازٌ من البيعِ الفاسدِ . وما ذكروه من الإقرارِ بالدينِ بعد العتقِ ، فإنَّ الدينَ لم يجب بالإقرارِ ، وإنَّما وجوبُهُ متقدِّمٌ على العتقِ ، فلذلك قُدِّمَ على العتقِ .

وإنَّ كانتِ التبرُّعات مؤخَّرة - وهو : ما يوصي أن يفعلَ عنه بعد موته ، من عتقٍ وكتابةٍ ومحابةٍ وهبةٍ وصدقةٍ وما أشبه ذلك - نظرت :

فإنَّ كانت وصاياهُ بجنسٍ واحدٍ ، ولم يحتملها الثلثُ ، فإنَّ كانت عتقاً . . أقرعَ بينَ الجميعِ ؛ لأنَّ القصدَ تكميلُ الأحكامِ بالعتقِ ، وذلك لا يحصلُ^(١) إلاَّ بعتقِ جميعِ الرقبةِ . وإنَّ كانت محابةً أو هبةً أو صدقةً . . قُسِّمَ الثلثُ بينَ الجميعِ ، سواءً وقعت متفرقةً أو في وقتٍ واحدٍ ؛ لتساوي الجميعِ في وقتِ اللزومِ ، وهو عند الموتِ .

وإنَّ كانت وصاياهُ بأجناسٍ ، فإنَّ لم يكن معها عتقٌ . . قُسِّمَ الثلثُ بينَ الجميعِ ؛ لما ذكرناه . وإنَّ كان معها عتقٌ ، بأنَّ أوصى بمحابةٍ وهبةٍ وعتقٍ . . ففيه قولان :

أحدهما : يُقَسِّطُ الثلثُ بينَ الجميعِ بالحِصصِ ؛ لتساوي الجميعِ في وقتِ اللزومِ .
والثاني : يُقَدِّمُ العتقُ على غيره ؛ لأنَّ له مزيةً في السَّرايةِ^(٢) .

وإنَّ أوصى بمحابةٍ وهبةٍ وتفرقةٍ شيءٍ من ماله على المساكينِ ، وعجزَ الثلثُ عن جميع ذلك :

فقال البغدادِيُّونَ من أصحابنا : يُقَسِّطُ الثلثُ بينَ الجميعِ على الحِصصِ قولاً واحداً ؛ لأنَّه لا مزيةَ لبعضِها على بعضٍ .

(١) في (م) : (لا يجوز) .

(٢) السَّراية ، مأخوذ من السَّرى : سير الليل ، فيقال : سريت وأسريت .

وقال المسعودي [في «الإبانة» ق/٤٠٦] : وهل تقدّم الوصية للمساكين على غيرها ؟ فيه قولان ، كالتعق مع غيره ، والأوّل أصح ؛ لأنّ العتق له مزية بالسراية ، وهذا لا يوجد في الوصية للمساكين .

وإن كانت الوصية بمحابة وهبة وكتابة . . فأختلف أصحابنا فيه :

فمنهم من قال : هل تقدّم الكتابة على غيرها ؟ فيه قولان ؛ لِمَا في الكتابة من العتق .

ومنهم من قال : لا تقدّم الكتابة قولاً واحداً ؛ لأنّه لا سراية للكتابة .

- وإن كان بعض التبرعات منجزة وبعضها مؤخّرة . . قدّمت المنجزة ، سواء تقدّمت أو تأخّرت ، عتقاً كانت أو غيره ؛ لأنّها أقوى ، بدليل أنّ الكل يلزم في حق المتصرّف ولو لم يمت في مرضه ذلك ، والمؤخّرة لا تلزم في حياته بحال .

وقال أبو حنيفة : (إذا عتق عبداً في مرضه ، ثمّ أوصى بعتق آخر ، ولم يحتملها الثلث . . سوي بينهما) .

دليلنا : أنّهما عطيتان ، إحداهما منجزة والأخرى مؤخّرة ، فقدّمت المنجزة ، كما لو باع وحابى ، ثمّ أوصى بعتق عبد .

فرع : [يفذ تعليق عتق مشروط إن احتمله الثلث] :

إذا كان له عبدان - سالم وغانم - فقال في مرض موته : إذا أعتقت سالمًا . . فغانم حرّ ، فأعتق سالمًا ، فإن احتملها الثلث . . عتق سالم بالمباشرة ، وعتق غانم بالصفة . وإن لم يحتملها الثلث . . عتق سالم ؛ لأنّه سابق ، ولم يعتق غانم ؛ لأنّ عتقه متأخّر .

وإن قال : إذا أعتقت سالمًا . . فغانم حرّ حال عتق سالم ، فأعتق سالمًا واحتملها الثلث . . فأختلف أصحابنا فيها :

فقال القاضي أبو الطيّب : يعتق سالم ولا يعتق غانم ؛ لأنّ إعتاق سالم شرط لإعتاق غانم ، والمشروط لا يصح وقوعه مع الشرط ولا قبله .

وقال أكثر أصحابنا : يعتقان معاً ؛ لأنه جعل حال عتق سالم صفة لعتق غانم ، وتأخر حرف من لفظ عتق سالم يُعلم بوجود الشرط ، فوق المشروط .

فإذا قلنا بهذا : ولم يحتملهما الثلث . . ففيه وجهان :

[أحدهما] : قال أبو العباس ابن سريج ، والشيخ أبو حامد ، وأكثر أصحابنا : يعتق سالم ولا يعتق غانم ؛ لأن عتقهما وقع في حالة واحدة ، ولا يمكن الإقراع بينهما ؛ لأننا لو أقرعنا بينهما . . لم يؤمن أن تخرج قرعة العتق على غانم فيرق سالم . وإذا رق سالم . . لم يعتق غانم ، فيؤدي إثبات عتق غانم إلى نفيه ، وما أدى إثباته إلى نفيه . . سقط إثباته .

[والثاني] : قال الشيخ أبو إسحاق : لا يعتق واحد منهما ؛ لأن الإقراع بينهما لا يمكن ؛ لما ذكرناه ، ولا يمكن تقديم عتق سالم ؛ لأن عتقهما وقع في حالة واحدة ، ولا مزية لأحدهما على الآخر ، فسقط عتقهما .

قال الشيخ أبو حامد : وإن قال لغانم : إذا أعتقت سالمًا . . فأنت حر قبله ، ثم أعتق سالمًا في مرض موته ، فإن خرجا من الثلث . . عتقا ، وتبين أن عتق غانم قبل سالم . . وإن لم يحتملهما الثلث . . عتق سالم دون غانم ؛ لما ذكرناه .

قلت : وعلى قول الشيخ أبي إسحاق في التي قبلها : لا يعتق هاهنا واحد منهما ؛ لأن عتق سالم شرط لعتق غانم ، فإذا لم يعتق عبده في الأولى - وعتقه وعتق غانم يقع في حالة واحدة - فلأن لا يعتق عبده هاهنا - وعتق غانم قبله - أولى . وكذلك على قول القاضي أبي الطيب في التي قبلها : لا يعتق غانم وإن احتملها الثلث ؛ لأن المشروط لا يتقدم على الشرط . والأول هو المشهور .

فإن كان له ثلاثة أعبيد - سالم وغانم وفائق - فقال في مرض موته : إذا أعتقت سالمًا . . فغانم وفائق حران ، ثم أعتق سالمًا ، فإن احتمل الثلث عتق جميعهم . . عتقوا . . وإن احتمل الثلث عتق أحدهم لا غير . . عتق سالم ، لأن عتقه سابق . . وإن احتمل الثلث عتق سالم وعتق أحد الآخرين . . عتق سالم ، وأقرع بين غانم وفائق ؛ لأن عتقهما وقع في حالة واحدة .

وإن قال لغانم وفائق في مرض موته : أنتما حران حال عتق سالم ، ثم أعتق سالمًا ، وأحتمل الثلث عتق جميعهم . . فعلى قول القاضي أبي الطيب في التي قبلها : يعتق سالم ولا يعتق غانم وفائق . وعلى قول عامة أصحابنا : يعتق جميعهم .
 فإذا قلنا بهذا : ولم يحتمل الثلث إلا عتق واحد . . فعلى قول الشيخ أبي إسحاق في التي قبلها : لا يعتق واحد من الثلاثة . وعلى قول عامة أصحابنا : يعتق سالم ولا يعتق غانم وفائق .

فإذا قلنا بهذا : وأحتمل الثلث عتق اثنين . . عتق سالم ؛ لأن عتقه متقدم ، وأفرغ بين غانم وفائق ؛ لأن عتقهما في حالة واحدة .

فرع : [تعلق العتق بمرض الموت على صفة] :

قال أبو العباس : إذا قال الرجل لعبده في مرض موته : إذا تزوجت . . فأنت حر ، فتزوج امرأة بمهر مثلها . . اعتبر المهر من رأس المال ، وعتق العبد من الثلث لوجود الصفة . وإن تزوجها بأكثر من مهر مثلها . . كان قدر مهر مثلها من رأس المال .
 وأمّا الزيادة على مهر مثلها ، فإن كانت وارثة له . . لم تستحقها ؛ لأن المحاباة وصية ، والوصية لا تصح للوارث . ويعتق العبد من الثلث .
 وإن كانت غير وارثة ، بأن كانت ذمية وهو مسلم ، أو أباها قبل موته ، وقلنا : لا ترثه . . صحّت لها المحاباة من الثلث . فإن احتمل الثلث المحاباة وعتق العبد . . نفذ . وإن لم يحتملها الثلث . . قُدّمت المحاباة ؛ لأنها سابقة ؛ لأنها تثبت بنفس العقد ، والعتق يقع بعد العقد .

وإن قال لعبده في مرض موته : إذا تزوجت . . فأنت حر حال تزويجي ، ثم تزوج امرأة بمهر مثلها . . اعتبر المهر المثل من رأس المال وعتق العبد من الثلث .
 وإن تزوجها بأكثر من مهر مثلها ، فإن كانت وارثة . . لم تستحق الزيادة ، وعتق العبد من الثلث . وإن كانت غير وارثة . . استحققت المحاباة ، فإن احتمل الثلث المحاباة والعتق . . نفذ الجميع . وإن لم يحتملها . . قُسّم الثلث بين المحاباة والعتق على قدرهما ؛ لأنهما وقعا في حالة واحدة .

والفرق بين هذه وبين العتق : أنَّ الصفة هاهنا هو التزويج ، والتزويج لا يبطل بانتقاص المحابة .

فرع : [علق في مرض موته عتق عبده على شراء] :

قال أبو العباس : إذا قال في مرض موته لعهده غانم : إذا أشرتُ سالمًا . فأنت حرٌّ في حال شرائي له ، ثمَّ أشتراه وحابي فيه ، ولمَّ يحتمل الثلث المحابة والعتق . . قُسِّمَ الثلث بين المحابة والعتق على قَدْرهما ؛ لأنَّ الشراء يتمُّ في جميع سالم وإنَّ لم يتمَّ لبائعه جميع المحابة ، فصفتُ العتق توجد .

وإنَّ قال لغانم في مرض موته : إذا بعثُ سالمًا . فأنت حرٌّ في حال بيعي له ، فباع سالمًا وحابي فيه ، ولمَّ يحتملُهما الثلث . . قُدِّمَتِ المحابة ؛ لأنَّ البيع لا يتمُّ في جميع سالم إلاَّ بأنَّ تحصل جميع المحابة للمشتري . وإذا لمَّ يتمَّ البيع في جميع سالم . . لمَّ توجد صفة عتق غانم ، وهذا ظاهرُ كلام الشافعي ، وبه قال أبو الحَدَّاد .

وقال أبو القاصِّ وأبو اللِّبان : تُقدِّمُ المحابة فيهما ؛ لأنَّ الثمنَ يقابلُ جميعَ العبد ، فإذا سقطَ بعضُ الثمنِ . . بطلَ البيعُ فيما يقابله من العبد ، فلا توجدُ صفةُ العتق ، وقد مضى ذلك في البيوع .

فرع : [وصى بقضاء دينه أو أن يحج عنه من الثلث] :

إذا أوصى أن يقضى دينه أو يحجَّ عنه حجة الإسلام من الثلث ، وأوصى بتبرعات ولمَّ يحتملها الثلث . . ففيه وجهان :

أحدهما : يُقدِّمُ الدَّينُ أو الحجُّ في الثلث ، فإنَّ فَضْلَ مِنَ الثلثِ شيءٌ بعد ذلك . . صُرفَ إلى وصايا التبرعات . وإنَّ لمَّ يُفضَّلَ شيءٌ . . سقطتِ الوصايا بالتبرعات ؛ لأنَّ الدَّينَ أو الوصية بحجة الإسلام فرضٌ ، والتبرعات تطوُّعٌ ، والفرضُ أكْدُ ، فُقدِّمَ .

والوجه الثاني : يُقسِّطُ الثلثُ على قَدْرِ الدَّينِ وقَدْرِ الوصية بالتبرُّع ، أو على قدرِ أجرَةِ المِثْلِ وقَدْرِ الوصية بالتبرُّع ، ثمَّ يُتَمِّمُ الدَّينُ أو أجرَةُ المِثْلِ مِنْ رأسِ المالِ ؛ لأنَّ

الَّذِينَ وَأُجْرَةُ الْمِثْلِ عَلَى حَاجَةِ الْإِسْلَامِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَإِذَا جَعَلَهُمَا مِنَ الثَّلَاثِ . . فَقَدْ قَصَدَ الرُّفْقَ بِالْوَرِثَةِ ، فَقَسَّطَ الثَّلَاثَ عَلَى الْجَمِيعِ ، وَتَمَّمَ الْوَاجِبَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ تَمَامِهِ .

فَعَلَى هَذَا : إِذَا كَانَ عَلَيْهِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا دَيْنًا ، وَأَوْصَى أَنْ يُقْضَى ذَلِكَ مِنْ ثُلَاثِهِ ، وَأَوْصَى لِأَخَرٍ بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَمَاتَ ، وَخَلَفَ مِئَةً وَعِشْرِينَ دِرْهَمًا ، وَلَمْ يُجْزِ الْوَرِثَةَ . . فَالْعَمَلُ فِيهِ : أَنَّكَ تَعَزَّلُ^(١) أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا لِصَاحِبِ الدَّيْنِ ، فَلَهُ مِنْهَا سَهْمٌ وَصِيَّةٌ ، وَالبَاقِي تَمَامُ دَيْنِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَيَبْقَى لِلْوَرِثَةِ وَلِلْمَوْصِي لَهُ بِالثَّلَاثِ ثَمَانُونَ دِرْهَمًا ، وَلِلْمَوْصِي لَهُ مِنْهَا سَهْمٌ وَصِيَّةٌ ، وَلِلْوَرِثَةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُمٍ مِثْلًا السَّهْمَيْنِ الْمَوْصِي بِهِمَا . فَإِذَا قَسَّمْتَ الثَّمَانِينَ عَلَى الْخَمْسَةِ الْأَسْهُمِ . . أَصَابَ كُلُّ سَهْمٍ سِتَّةَ عَشَرَ ، فَيَعْلَمُ أَنَّ سَهْمَ الْوَصِيَّةِ مِنَ الْأَرْبَعِينَ سِتَّةَ عَشَرَ ، فَتُضْمُّ إِلَى الثَّمَانِينَ ، فَيَكُونُ الْجَمِيعُ سِتَّةَ وَتِسْعِينَ ، ثَلَاثُ ذَلِكَ أَثْنَانِ وَثَلَاثُونَ : لِصَاحِبِ الدَّيْنِ سِتَّةَ عَشَرَ ، وَلِلْمَوْصِي لَهُ سِتَّةَ عَشَرَ ، وَمَا زَادَ عَلَى سِتَّةَ وَتِسْعِينَ - وَهُوَ : أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ - تَمَامُ الدَّيْنِ .

فَإِنْ كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، وَأَوْصَى أَنْ يُقْضَى ذَلِكَ مِنْ ثُلَاثِهِ ، وَأَوْصَى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ حَاجَةُ الْإِسْلَامِ مِنْ ثُلَاثِهِ ، وَلَمْ يُوجَدْ مَنْ يَحَجُّ عَنْهُ مِنَ الْمِيقَاتِ إِلَّا بِأَرْبَعِينَ ، وَلَمْ يُجْزِ الْوَرِثَةُ مَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ . . فَإِنَّكَ تَعَزَّلُ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ أَرْبَعِينَ : لَهُ مِنْهَا سَهْمٌ وَصِيَّةٌ ، وَالبَاقِي تَمَامُ دَيْنِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَتَعَزَّلُ لِلْحَجِّ أَرْبَعِينَ : يَخْرُجُ مِنْهَا سَهْمٌ وَصِيَّةٌ ، وَالبَاقِي تَمَامُ أُجْرَةِ الْمِثْلِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَيَبْقَى لِلْوَرِثَةِ وَلِلْمَوْصِي لَهُ بِالثَّلَاثِ أَرْبَعُونَ : لِلْمَوْصِي لَهُ مِنْهَا سَهْمٌ وَصِيَّةٌ ، وَلِلْوَرِثَةِ سِتَّةُ أَشْهُمٍ مِثْلًا أَشْهُمِ الْوَصِيَّةِ . فَإِذَا قَسَّمْتَ الْأَرْبَعِينَ عَلَى سَبْعَةِ أَشْهُمٍ . . أَصَابَ كُلُّ سَهْمٍ خَمْسَةَ دِرْهَمٍ وَخَمْسَةَ أَصْبَاعٍ دِرْهَمٍ ، فَيَعْلَمُ أَنَّ السَّهْمَ الْمَوْصِي بِهِ مِنَ الْأَرْبَعِينَ الَّتِي لِلدَّيْنِ مِثْلُ ذَلِكَ ، وَمِنْ الْأَرْبَعِينَ الَّتِي لِلْحَجِّ مِثْلُ ذَلِكَ ، وَمَا زَادَ عَلَى السَّهْمَيْنِ تَمَامٌ لِلدَّيْنِ وَالْأُجْرَةِ . فَإِذَا أَضْفَتِ السَّهْمَيْنِ إِلَى الْأَرْبَعِينَ الَّتِي لِلْمَوْصِي لَهُ وَلِلْوَرِثَةِ . . كَانَ جَمِيعُ ذَلِكَ أَحَدًا وَخَمْسِينَ دِرْهَمًا وَثَلَاثَةَ أَصْبَاعٍ دِرْهَمٍ ، الثَّلَاثُ مِنْ ذَلِكَ سَبْعَةُ عَشَرَ

(١) فِي (م) : (تَنْزَع) .

درهماً وسُبُع درهمٍ بينهم أثلاثاً ؛ لتساوي وصاياهم ، فيحصل لكل واحد خمسة دراهم وخمسة أسباع درهم . والثلاثان أربعة وثلاثون درهماً وسُبُعاً درهم ، وما زاد على أحد وخمسين وثلاثة أسباع درهم تمام الدين ، والأجرة بينهما نصفان ؛ لتساوي حقيهما . وإن تفاضلت الحقوق . . كانت القسمة على التفاضل على هذا العمل .

مسألة : [الوصية بثلاث عين من المال] :

إذا أوصى لرجلٍ بثلاث عينٍ من ماله من دارٍ أو أرضٍ أو عبدٍ ، ثم مات الموصي ، فاستحق ثلثا العين الموصى بها ، أو هلك ثلثاها وبقي ثلثها ، وللموصي مال آخر يخرج ذلك الثلث منه . . استحق الموصى له الثلث الباقي من العين الموصى بها . وبه قال كافة العلماء .

وقال أبو ثور ، وزُفر ، وأبو العباس ابن سريج : لا يستحق الموصى له إلا ثلث ما بقي من العين الموصى بها ، كما لو أوصى له بثلاث ماله فاستحق ثلثاه ، ولأنه لم يوصر له بثلاث معين ، وإنما أوصى له بثلاث مُشاع ، فإذا استحق ثلثاه ، أو هلك . . فقد هلك ثلثا الوصية .

والمذهب الأول ؛ لأنه أوصى له بملكه الذي يخرج من ثلثه ، فصَحَّ ، كما لو أوصى له بعبدٍ كامل ، فاستحق ثلثاه ، وله مالٌ يُخرج الثلث الباقي منه . ولأن الوصية إنما تنصرف إلى ما يملكه من العبد ، كما لو كان عبدٌ بين شريكين نصفين ، فقال أحدهما للآخر : بعثك نصف هذا العبد . . فإنه ينصرف إلى ما يملكه منه .

قال ابن اللبان : وعلى هذين الوجهين الوصية بالنوع الواحد^(١) ، ممَّا يُقسم كيلاً أو وزناً ، كالحبوب والدراهم والدنانير . أو ممَّا يجمع في القسم من النوع الواحد ، كالإبل والبقر والغنم والعبيد والثياب ، قال : فإن أوصى لرجلٍ بسُدس ماله ، ثم مات وخلف مئة شاة ، أو مئة ثوبٍ مَزوية ، فاستحق نصفها أو تلف . . كان للموصى له سدس ما بقي في أحد الوجهين معاً .

(١) في حاشية نسخة : (صوابه بشيء من النوع الواحد) .

وإن وصّى له بسدس الغنم ، أو بسدس الثياب ، ثمّ مات فاستحقّ نصفها ، أو تلف . . كان له سدس ما بقي في أحد الوجهين ، وله سدس جميع الغنم أو الثياب ، وهو : ثلث الباقي في الثاني .

مسألة : [وصّى بثلث ماله ، وهو حاضر وغائب :

إذا أوصى لرجل بثلث ماله ، فمات وخلف مالا حاضرا ومالا غائبا ، وخلف عينا ودينا . . استحقّ الموصى له ثلث الحاضر ، وثلث الغائب ، وثلث العين ، وثلث الدين . واستحقّ الوارث الثلثين من ذلك . ويدفع إلى الموصى له ثلث الحاضر وثلث العين . وكلما حضر من الغائب شيء ، أو نصّ^(١) من الدين شيء . . دفع إليه ثلثه ، وإلى الوارث ثلثاه ؛ لأنّه شريك للوارث في جميع ذلك .

وإن وصّى له بعبد يساوي مئة درهم ، وخلف متين غائبتين ، أو دينا ، ولا يملك غير ذلك . . لم يجب دفع العبد إلى الموصى له ؛ لأنّه لا يجوز أن يتنجز للموصى له شيء إلاّ ويحصل للوارث مثله .

فإن وصل من المتين شيء ، أو نصّ من الدين شيء . . دفع إلى الموصى له مثل نصف ما حصل منهما أو نصّ . فإن حصل جميع المتين . . دفع جميع العبد إلى الموصى له فإن طلب الموصى له أن يدفع إليه ثلث العبد ليتصرف فيه قبل أن يحصل شيء من المتين . . ففيه وجهان :

أحدهما : يجب دفعه إليه ؛ لأنّه يستحقّ ذلك بكلّ حال .

والثاني : لا يجب دفعه إليه ، وهو المذهب ؛ لأنّه لا يتنجز للموصى له شيء إلاّ ويتنجز للوارث مثله ، ولهذا مذهبا .

وقال مالك : (الوارث بالخيار : بين أن يسلم العبد إلى الموصى له قبل حضور المتين ، وبين أن يبطل الوصية في ثلثي العبد وتُجعل وصيته في ثلث جميع المال مُشاعاً) .

(١) نصّ : تيسر أو حصل أو تعجل ، أو صار نقداً .

دليلنا : أَنَّ الموصيَ قصدَ تخصيصَ الموصى له بملكٍ عينٍ معيّنةٍ مِنْ ماله ، فلمَ يَجْزُ للوارثِ نقلُ ذَلِكَ إلى غيره ، كما لو كانَ المالُ كُلُّهُ حاضراً .

وإذا ثبتَ هذا : فإنَّ كَسَبَ هذا العبدُ مالاً بعدَ موتِ الموصي ، وبعدَ قبُولِ الموصى له الوصيةَ ، وقبلَ حضورِ المالِ الغائبِ . . كانَ للموصى له ثلثُ كَسْبِهِ ، وللوارثِ الثلثانِ .

فإنَّ لمَ يحضرِ المالُ الغائبُ . . فلا كلامَ . وإنَّ حضرَ المالُ الغائبُ . . فهلَ يجبُ على الوارثِ ردُّ ما أَخَذَهُ مِنْ كَسْبِهِ ؟ فيه وجهانِ :

أحدهما : لا يجبُ ؛ لأنَّه أَخَذَهُ في وَقْتٍ يجوزُ له أَخْذُهُ ، فهوَ كالمستأجرِ .
والثاني : يجبُ عليه ردُّهُ ، وهوَ الأصحُّ ؛ لأنَّه بانَّ أَنَّهُ لا مِلْكَ له في العبدِ ذَلِكَ الوقتَ .

فرعٌ : [له ستون درهماً وأوصى بثلث العين منها] :

إذا كانَ لرجلٍ ثلاثونَ درهماً عيناً ، وثلاثونَ درهماً ديناً على معسرٍ ، فأوصى بثلثِ العينِ لرجلٍ ، وأوصى بالدينِ لِمَنْ عليه وماتَ ، ولمَ يُجْزِ الورثةُ . . فإنَّ الثلثَ يُقسَّمُ بينَ الموصى لهُما على أربعةِ أسهمٍ ، لِمَنْ عليه الدينُ ثلاثةٌ ، وللآخرِ سهمٌ . ويُسْقَطُ مِمَّنْ عليه الدينُ خمسةَ عشرَ درهماً ، ويُضْمُ سهمُ الموصى له بثلثِ العينِ إلى سهامِ الورثةِ - وهي : ثمانيةٌ ، مثلاً سهامِ الوصيةِ - فتُقسَّمُ الثلاثونَ - التي هي عينٌ - على تسعةٍ ، للموصى له سهمٌ - وهو : ثلاثةُ دراهمٍ وثلثُ درهمٍ - وللورثةِ سِتَّةٌ وعشرونَ درهماً وثلثاً درهمٍ . وكلُّما نَضَّ مِنَ الخمسةِ عشرَ التي بقيتْ على الغريمِ شيءٌ . . كانَ للموصى له بثلثِ العينِ قَدْرُ تُسْعِهِ يأخُذُهُ مِنَ الثلاثينِ التي كانتَ عيناً - إنَّ كانتَ باقيةً - أو مِنْ بَدَلِهَا - إنَّ كانتَ تالفةً - وللورثةِ ثمانيةٌ أَسَاعِهِ . فإذا نَصَّتِ الخمسةَ عشرَ كُلُّهَا . . كانَ للموصى له بثلثِ العينِ قَدْرُ تسعِها - وهوَ درهمٌ وثلثا درهمٍ - يأخُذُهُ مِنَ العينِ ، أو مِنْ بَدَلِهَا .

فإنَّ أوصى لرجلٍ بثلثِ الدينِ ، ولمَنْ عليه الدينُ بجميعِ ما عليه ، ولمَ يُجْزِ

الورثة. . كانتِ الثلاثونَ - التي هيَ عينٌ - للورثة ، ويُقسَّمُ الثلثُ على أربعةِ أسهمٍ : لِمَن عليه الدَّيْنُ ثلاثةُ أسهمٍ - وهوَ : خمسةَ عشرَ درهماً - تسقطُ عَنْ ذِمَّتِهِ ، ويبقى عليه خمسةَ عشرَ ، وكلَّمَا نُضِّ منها شيءٌ. . أقتسمهُ الورثةُ والموصى لَه بالثلثِ على ثلاثةِ أسهمٍ : للورثةِ سهمانِ ، وللموصى لَه سهمٌ .

فإن أوصى لرجلٍ بثلثِ ماله ، وللغيرِ بما عليه ، ومات ، ولم يُجزِ الورثةُ. . قُسِّمَ الثلثُ على خمسةٍ ، للغيرِ ثلاثةُ أخماسِهِ - وهوَ : أثنا عشرَ درهماً - فيسقطُ عنه ، وللموصى لَه بالثلثِ سهمانِ يَضُمُّهُمَا إلى سهامِ الورثةِ - وهي : عشرةٌ - فيُقسَّمُ الثلاثونَ - التي هيَ عينٌ - على أثني عشرَ : للورثةِ عشرةٌ ، وللموصى لَه سهمانِ ، وكلَّمَا نُضِّ مِنَ الثمانية عشرَ الباقيةِ على الغيرِ شيءٌ. . قُسِّمَ بينَ الورثةِ والموصى لَه بالثلثِ على أثني عشرَ .

فرعٌ : [وصى بالثلث ، وترك عشرةَ عيناً وعشرةَ ديناً وابناً] :

وإذا كَانَ لرجلٍ عشرةُ دراهمٍ عيناً ، وعشرةُ دراهمٍ ديناً على ابنِهِ ، ولا وارثَ لَه غيرُهُ ، ولا يملكُ غيرَ ذَلِكَ ، وأوصى بثلثِ ماله لرجلٍ ، وماتَ والابنُ معسراً. . فللموصى لَه ثلثا العشرةِ العينِ : ثلثها بالوصيةِ وثلثها قضاءً ما لَه على الابنِ .

فإن كَانَ الابنُ قد حُجِرَ عليه لغرمائه. . ففيهِ وجهانِ ، حكاها ابنُ اللِّبَانِ :

أحدهما : أنَّ الموصى لَه أحقُّ بثلثي العشرةِ ، كالأولى .

والثاني : أنَّه يأخذُ ثلثَ العشرةِ بالوصيةِ ، ويُقسَّمُ ثلثاها بينَهُ وبينَ غرماءِ الابنِ على قَدْرِ ديونِهِمْ . فإنَّ كانتِ الوصيةُ بثلثي العينِ. . كَانَ للموصى لَه ثلثا العشرةِ العينِ ، وللابنِ ثلثها ويبرأ ممَّا عليه ؛ لأنَّه كالقابضِ لثلثي المالِ .

فإن كَانَ محجوراً عليه لغرمائه. . لَمْ يُحاضُوا الموصى لَه في ثلثي العشرةِ وجهاً واحداً ؛ لأنَّه يأخذُ ذَلِكَ بحقَّ الوصيةِ .

وإنَّ تركَ أبنينِ ، وعشرةَ عيناً وعشرةَ ديناً على أحدهما ، وهوَ معسرٌ. . أخذَ الابنُ الآخرُ العشرةَ العينِ ، نصفها ميراثاً لَه ونصفها اقتضاءً عن ما لَه على أخيه .

وإن كَانَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ محجوراً عَلَيْهِ لدينٍ عَلَيْهِ . . فهل يختصُّ الأخُ بهذه العشرة ، أو يقاسمُ غرماءَ أخيه في نصفها ؟ على الوجهين .

وإن كَانَ الأبُّ قد وَصَّى بثُلثِ ماله لرجلٍ . . قُسِّمَتِ العشرةُ العَيْنُ بينَ الابنِ الذي لا دَيْنَ عَلَيْهِ وبينَ الموصي لَهُ نصفين ؛ لأنَّ الابنَ الذي لا دَيْنَ عَلَيْهِ يملكُ ثُلثها بالإرث ، والموصي لَهُ يملكُ ثُلثها بالوصية ، وَمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ يملكُ ثُلثها بالإرث ، ثمَّ الابنُ الذي لا دَيْنَ عَلَيْهِ والموصي لَهُ يملكُ كُلُّ واحدٍ منهما في ذمَّةِ الابنِ الذي عَلَيْهِ الدَّيْنُ ثلثَ العشرةِ في ذمَّتِهِ ، وقد وَجدا لَهُ ثلثُ هذه العشرةِ وحَقَّاهما متساويان ، فأقسما ذلكَ بينهما .

مسألة : [اعتبار الثلث فيمن أوصى بمنفعة عبده أو داره] :

إذا أوصى لَهُ بمنفعة عبده أو دارِهِ على التأييد . . أعتبرَ خروجُ ذلكَ مِنَ الثلثِ . وفي كيفية اعتبار خروجها مِنَ الثلثِ ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : تقوُّمُ المنفعةِ في حقِّ الموصي لَهُ ، والرقبةُ مسلوبةُ المنفعةِ في حقِّ الورثة ؛ لأنَّ الموصي بِهِ هوَ المنفعةُ ، فأعتبرتْ قيمتها في حقِّ الموصي لَهُ ، والرقبةُ مِلْكُ الورثة . . فأعتبرتْ قيمتها في ثلثي التركة .

وكيفية ذلكَ أَنْ يُقالَ : كمَ قيمةُ هذه الرقبةِ بمنافعها ؟ فإنَّ قيلَ : مئةٌ . . قيلَ : فكَمَ قيمةُ الرقبةِ مسلوبةُ المنفعةِ على التأييد ؟ فإنَّ قيلَ : عشرةٌ . . علمنا أنَّ قيمةَ المنفعةِ تسعونَ ، فتعتبرُ مِنَ الثلثِ ، وعلمنا أنَّ قيمةَ الرقبةِ عشرةٌ ، فتضافُ إلى ثلثي التركة .

والوجهُ الثاني : أنَّ المنفعةَ تقوُّمُ على الموصي لَهُ ، ولا تُحتسبُ قيمةُ الرقبةِ على الموصي لَهُ ؛ لأنَّهُ لا يملكُها ، ولا على الوارثِ ؛ لأنَّهُ لا منفعةَ لَهُ بها .

والثالثُ - وهو المنصوصُ - : (أنَّ الرقبةَ تقوُّمُ بمنافعها في حقِّ الموصي لَهُ ؛ لأنَّ المقصودَ بالعبيد والدورِ هوَ منفعتها دونَ أعيانها .

وإنَّ وَصَّى لَهُ بمنفعةِ عبده أو دارِهِ أو أرضِهِ مدَّةً معلومةً . . فإنَّ الرقبةَ تقوُّمُ في حقِّ

الورثة لا في حق الموصى له ، وجهاً واحداً ؛ لأنَّ لهم فيها منفعة ، وهو أنَّهم يملكون منفعتها بعد انقضاء المدَّة . وتقوُّم المنفعة في حق الموصى له ، وفي كيفيَّة تقويمها في حقَّ وجهان :

أحدهما : تقوُّم الرقبة كاملة المنفعة ، ثمَّ تقوُّم مسلوبة المنفعة مدَّة الوصيَّة ، ويكون ما بينهما قيمة المنفعة .

والثاني : تقوُّم المنفعة مدَّة الوصيَّة ، فتُعتبر من الثُلث ، ولا تقوُّم الرقبة على الموصى له ؛ لأنَّها غير موصى بها .

وإنَّ وصَّى بالمنفعة لرجل وبالرقبة لآخر . فإنَّ المنفعة تقوُّم في حق الموصى له بها ، والرقبة تقوُّم في حق الموصى له بها ، بلا خلاف بين أصحابنا ؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما يستفيد بالوصيَّة ملك ما وصَّى له به .

قال الشيخ أبو حامد : واتَّفَقَهم في هذه يدلُّ على صحَّة تقويم الرقبة بمنفعتيها في حق الموصى له بالمنفعة لا غير .

فرعٌ : [الوصية بشمرة البستان] :

وإنَّ وصَّى له بشمرة بستانه : فإنَّ كانت موجودة . . قومتِ الثمرة يوم موت الموصي ، وأعتبر خروجها من الثُلث .

وإنَّ كانت غير موجودة :

فإنَّ كانت على التأييد . . ففيه وجهان :

أحدهما : يقوُّم البستان بكامله في حق الموصى له ؛ لأنَّ المقصود به منفعة .

والثاني : تقوُّم المنفعة في حق الموصى له ، والرقبة في حق الورثة ، وهو أنَّ يُقال : كم قيمته كامل المنفعة ؟ فإنَّ قيل مثلاً . . قيل : كم قيمته مسلوب المنفعة ؟ فإنَّ قيل : عشرة . . علِم أنَّ التسعين قيمة المنفعة فتحتسب من الثُلث ، وعلِم أنَّ العشرة قيمة الرقبة ، فتحتسب بها في ثلثي التركة على الورثة .

ويسقط الوجه الثالث في العبد هاهنا ، وهو أنَّ الرقبة لا تقوُّم في حق أحدهما ؛ لأنَّ

البستانَ قَدْ يَجِفُّ فَيَبْطُلُ الوَصِيَّةُ بالمنفعةِ بشمره ، ويمكنُ الوارثُ الانتفاعُ بأخشابه ، بخلافِ الرقبة .

وإنْ كانتِ الوَصِيَّةُ بمنفعتهِ مدَّةً معلومةً . قَوِّمَتِ الرقبةُ في حقِّ الوارثِ ، والمنفعةُ في حقِّ الموصي لَهُ وَجْهًا وَاحِدًا . وكلُّ موضعٍ أَحْتَمَلَ خروجَ منفعةٍ جميعِ البستانِ مِنَ الثَّلْثِ . فَإِنَّ الثمرةَ تَكُونُ للموصي لَهُ ، ما دَامَ البستانُ باقياً ، ورقبةُ النخلِ والشجرِ للوارثِ ، ولا يلزَمُ أَحَدُهُما سقيُ النخلِ والشجرِ ؛ لِأَنَّ السقيَّ تَنْتَفِعُ بِهِ الثمرةُ والشجرةُ ، فلا يلزَمُ أَحَدُهُما سقيُ مِلْكٍ صاحبه ، بخلافِ ما لَوِ باعَ ثمرةً بعدَ بدوِّ صلاحِها ، فَإِنَّ عَلَيْهِ سقيَها ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ تَسْلِيمَها ، وَذَلِكَ مِنْ تَمَامِ تَسْلِيمِها .

وإنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلْثِ إِلَّا بَعْضُ المنفعةِ . كَانَ للموصي لَهُ مِنْ ثَمَرَةٍ كُلِّ عامٍ قَدْرُ ما أَحْتَمَلَهُ المنفعةُ ، والباقي للورثةِ أَعْتَاباً بما خَرَجَ مِنَ الثَّلْثِ .

فرعٌ : [أوصى له بلبن شاة وصوفها] :

إِذَا أَوْصَى لَهُ بِلَبَنِ شَاةٍ وَصُوفِهَا . . جَازَ ، كما تجوزُ الوَصِيَّةُ بثمرَةِ الشجرةِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِلَبَنِها لَا غَيْرُ . . جَازَ .

قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَوِّمَ هَاهُنَا الموصي بِهِ دُونَ العَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَوْصَ لَهُ بِجَمِيعِ منافعِها .

مسألةٌ : [أعتق في مرضه أمة حاملاً] :

إِذَا أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ أَمَةٌ حَامِلاً بِمَمْلُوكٍ لَهُ . . فَإِنَّهَا تُعْتَقُ بِالمباشرةِ وَيُعْتَقُ الحَمْلُ بِالسَّرَايَةِ ، وَمَتَى تَقَوَّمَ الأَمَةُ ؟ قَالَ أَبُو العَبَّاسِ : فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُما : تَقَوَّمَ حَامِلاً ، وَلَا يُفْرَدُ الحَمْلُ بالتقويمِ ؛ لِأَنَّهُ كَأَعْضَائِها .

فَعَلَى هَذَا : إِنْ خَرَجَتْ قِيمَتُها مِنَ الثَّلْثِ . . عَتَقَتْ وَعَتَقَ وَلَدُها ، وَإِنْ خَرَجَ نَصْفُها . . عَتَقَ نَصْفُها^(١) .

(١) فِي (م) : (بعضها) .

والثاني : أَنَّ الولدَ يَقَوْمُ عِنْدَ الانفصالِ ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ تَقْوِيمُهُ ، وَتَقْوَمُ الْأُمُّ حَامِلًا دُونَ حَمْلِهَا ؛ لِأَنَّ قِيَمَتَهَا حَامِلًا أَقَلُّ مِنْ قِيَمَتِهَا حَائِلًا ، وَأَصْلُهَا الْقَوْلَانِ : هَلْ لِلْحَمَلِ حَكْمٌ ، أَمْ لَا ؟

فَعَلَى هَذَا : إِنْ خَرَجَتْ قِيَمَتُهَا مِنَ الثُّلْثِ . . عَتَقَا ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا ، وَلَمْ يُجْزِ الْوَرِثَةُ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُمَا سَوَاءً ، بَأَنَّ كَانَتْ قِيَمَةُ الْأُمِّ مِثْلَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ مِثْلَ مِثْلِ الثُّلْثِ مِثْلَ . . عَتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْأُمِّ مِثْلَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ خَمْسِينَ . . عَتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ تَابِعٌ لِلْأُمِّ فَوْجَبَ أَنْ يَعْتَقَ مِنْهُ بِقَدَرِ مَا يَعْتَقُ مِنْهَا .

فَإِنْ قَالَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ : حَمَلِكِ حُرٌّ وَأَنْتِ حُرَّةٌ ، فَإِنْ خَرَجَا مِنَ الثُّلْثِ . . عَتَقَا . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا مِنَ الثُّلْثِ . . قَدَّمَ عَتَقَ الْحَمْلَ ؛ لِأَنَّهُ سَابِقٌ . فَإِنْ كَانَ الْحَمْلُ جَمَاعَةً ، وَلَمْ يَخْرُجَا مِنَ الثُّلْثِ . . أَفْرَعَ بَيْنَهُمْ . وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الثُّلْثِ شَيْءٌ بَعْدَ عَتَقِ الْحَمْلِ . . عَتَقَ مِنَ الْأُمِّ بِقَدَرِهِ .

فَإِنْ قَالَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ : إِذَا أَعْتَقْتُ نِصْفَ حَمَلِكِ . . فَأَنْتِ حُرَّةٌ ؛ ثُمَّ قَالَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ : نِصْفُ حَمَلِكِ حُرٌّ . . عَتَقَ نِصْفُ حَمْلِهَا بِالْمُبَاشَرَةِ ، وَاقْتَضَى ذَلِكَ سَرَايَةً إِلَى عَتَقِ نِصْفِ حَمْلِهَا ، وَعَتَقِ الْأُمِّ بِالْصِفَةِ .

فَإِنْ خَرَجَتْ قِيَمَةُ جَمِيعِ الْحَمْلِ وَقِيَمَةُ الْأُمِّ مِنَ الثُّلْثِ . . عَتَقَا . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ غَيْرُ نِصْفِ الْحَمْلِ . . عَتَقَ نِصْفُ الْوَلَدِ ، وَرُقَّ بَاقِيهِ ، وَرُقَّتِ الْأُمُّ . .

وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الثُّلْثِ شَيْءٌ بَعْدَ عَتَقِ نِصْفِ الْوَلَدِ ، بَأَنَّ كَانَتْ قِيَمَةُ الْوَلَدِ مِثْلَ ، وَقِيَمَةُ الْأُمِّ خَمْسِينَ ، وَالثُّلْثُ مِثْلَ ، فَقَدْ بَقِيَ مِنَ الثُّلْثِ خَمْسُونَ . . فَيَقْرَعُ بَيْنَ نِصْفِ الْوَلَدِ وَالْأُمِّ ؛ لِأَنَّ عَتَقَهُمَا وَقَعَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ . فَإِنْ خَرَجَتْ قِرْعَةُ الْعَتَقِ عَلَى نِصْفِ الْوَلَدِ . . عَتَقَ جَمِيعُهُ ، وَرُقَّتِ الْأُمُّ ؛ لِأَنَّ عَتَقَ الْوَلَدِ لَا يَسْرِي إِلَيْهَا . وَإِنْ خَرَجَتْ قِرْعَةُ الْعَتَقِ عَلَى الْأُمِّ . . لَمْ يُمْكِنَ أَنْ يَصْرَفَ مَا بَقِيَ مِنَ الثُّلْثِ فِي عَتَقِ الْأُمِّ وَحْدَهَا ، وَلَكِنْ يُسَوَّى بَيْنَهَا وَبَيْنَ بَاقِي حَمْلِهَا فِي الْعَتَقِ لِسَاوِي قِيَمَتِهِمَا . . فَيَعْتَقُ مِنَ الْأُمِّ نِصْفُهَا بِخَمْسَةِ وَعَشْرِينَ ، وَيَعْتَقُ مِنَ الْوَلَدِ رُبْعَهُ بِخَمْسَةِ وَعَشْرِينَ .

وإنما جعل ربه تابعاً لنصفِ الأم وإن كان القياسُ يقتضي التسويةَ بينَ الجزأين ؛ لأنه لا يمكنُ التسويةَ بينهما .

وإن كانت قيمةُ الولدِ مئةً وقيمةُ الأم مئةً والثلثُ مئةً فقد بقيَ بعدَ عتقِ نصفِ الولدِ مِنَ الثلثِ خمسونَ . . فيُقرعُ بينَ نصفِ الولدِ والأمِّ ، فإن خرجتِ القرعةُ على نصفِ الولدِ . . عتقَ جميعُهُ ، ورقتِ الأمُّ . وإن خرجتِ على الأمِّ . . عتقَ ثلثها وثلثُ نصفِ الحملِ لتساويهما في القيمةِ .

فرعٌ : [أوصى بجارية حبلً] :

قالَ ابنُ اللَّبانِ : فإن أوصى لرجلٍ بجاريةٍ حُبْلَى ، قيمتها يومَ ماتَ سيدها مئةً ، فقبلَ الموصى له ، وولدت بعدَ موتِ سيدها وَلَدًا قيمتهُ ستونَ درهماً ، وخلفَ الموصي مِئتي درهمٍ ، فإن قلنا : لا يُفردُ الولدُ بالتقويمِ . . كانتِ الجاريةُ وَلَدُها للموصى له ، ولا تزيدُ التركةُ بقيمةِ الولدِ .

وإن قلنا : يُفردُ الولدُ بعدَ الانفصالِ بالتقويمِ . . زادتِ التركةُ بقيمةِ الولدِ ، فتصيرُ التركةُ ثلاثَ مئةٍ وستينَ ، الثلثُ : مئةٌ وعشرونَ ، وقيمةُ الجاريةِ وَلَدِها : مئةٌ وستونَ . فالثلثُ : ثلاثةُ أرباعِ قيمتهما ، فيكونُ للموصى له ثلاثةُ أرباعِ الجاريةِ ، وثلاثةُ أرباعِ وَلَدِها . ورُبُعُهما معَ المِئتينِ للورثةِ .

وإن تركَ الميتُ مِئتينِ وستينَ درهماً . . كانتِ التركةُ أربعَ مئةٍ وعشرينَ ، الثلثُ منها مئةٌ وأربعونَ ، وقيمةُ الجاريةِ وَلَدِها : مئةٌ وستونَ . فالثلثُ مِنْ قيمتهما سبعةُ أثمانِهما ، فيكونُ للموصى له سبعةُ أثمانِهما .

فرعٌ : [أوصى بحملٍ جاريةٍ] :

وإن وصَّى رجلٌ لرجلٍ بحملٍ جاريةٍ مملوكٍ له ، وأوصى لآخرَ بالجاريةِ ، وماتَ الموصي ، وقبلَ الوصيَّةُ ، ثم إنَّ الموصى له بالجاريةِ أعتقها ، ثم وَلدت وَلَدًا لأقلَّ مِنْ ستَّةِ أشهرٍ مِنْ وَقتِ إعتاقِ الجاريةِ . . عتقتِ الجاريةُ دونَ وَلَدِها ، موسراً كانَ المعتقُ أو

معسراً ؛ لأنَّ الولدَ إنما يتبعُ الأمَّ في العتقِ إذا كانا في ملكِ المعتقِ ، فأما إذا كانت في غيرِ ملكه . . . لم يتبعها ، كما إذا باعَ دارَهُ وفي حائطِهِ ساجدةٌ مغصوبةٌ أو مستعارةٌ . . . فإنَّها لا تدخلُ في البيعِ ، وهذه حرَّةٌ حاملٌ بمملوكٍ ولا نظيرَ لها .

فرعٌ : [قال إذا مت فأنت حرة أو ما في بطنك] :

قال القاضي أبو الطيب : إذا قال رجلٌ لأمِّه له حاملٌ بمملوكٍ له : إذا مت . . . فأنت حرَّةٌ أو ما في بطنك حرَّةٌ ، ومات ، ثمَّ ولدتُ ولدًا يُعلمُ وجودُهُ وقتَ الإعتاقِ . . . أُقرعَ بين الأمِّ والولدِ ، فإنَّ خرجت قرعةُ العتقِ على الأمِّ وخرجت من الثلثِ . . . عتقت وعتقَ ولدها تبعاً لها ، ولا تُحتسبُ قيمةُ الولدِ من الثلثِ ؛ لأنَّه يُعتقُ بالشرعِ ، فهو بمنزلةِ التالفِ . وإنَّ خرجَ بعضُ الأمِّ من الثلثِ . . . عتقَ ما خرجَ منها من الثلثِ ، وتبعها من الولدِ مثلُ الذي عتقَ منها .

وإنَّ خرجت قرعةُ العتقِ على الولدِ ، وخرجَ من الثلثِ . . . عتقَ الولدُ ورقتِ الأمُّ . وإنَّ خرجَ بعضُهُ . . . عتقَ منه ما خرجَ من الثلثِ ، ورقَّ باقيهِ ورقتِ الأمُّ ؛ لأنَّ الأمَّ لا تتبعُ الولدَ في العتقِ .

ويَقوُمُ الولدُ وقتَ الانفصالِ ؛ لأنَّه أوَّلُ وقتٍ يمكنُ تقويمُهُ فيه ، وتقوُمُ الجاريةُ وقتَ موتِ الموصي ؛ لأنَّه يمكنُ تقويمُها وهي حالةٌ أَسْتَحْقَاقُها للعتقِ .

قال القاضي أبو الطيب : وإنَّ كانَ له أمتانِ حاملانِ بمملوكين له ، فقالَ لهما : إذا مت . . . فأنتما حرَّتَانِ ، أو ما في بطنكما حرَّانِ ، ومات ، ثمَّ ولدتُ كلُّ واحدةٍ منهما ولداً لوقتِ يُعلمُ وجودُهُ وقتَ الإعتاقِ . . . أُقرعَ بين الأمتينِ والولدينِ ، فإنَّ خرجت قرعةُ العتقِ على الأمتينِ ، وخرجتا من الثلثِ . . . عتقا من الثلثِ ، وعتقَ ولدهما تبعاً لهما من غيرِ الثلثِ ؛ لأنَّهما تالفانِ من طريقِ الشرعِ . وإنَّ لم تخرجِ الأمتانِ من الثلثِ . . . أُعيدتِ القرعةُ بينهما ، فأيتتهما خرجت عليها قرعةُ العتقِ . . . عتقت وعتقَ ولدها ، ورقتِ الأخرى وولدها .

وإنَّ خرجت إحداهما من الثلثِ ، وبعضُ الأخرى . . . عتقت من خرجت عليها قرعةُ العتقِ ، وعتقَ ولدها ، وعتقَ من الأخرى تمامَ الثلثِ ، وعتقَ من ولدها قدرُ ما عتقَ منها ، ورقَّ باقيها .

وإن خرجت قرعة العتق على الولدين ، فإن خرجا من الثلث . . عتقا ورقت الأمتان . وإن لم يحتملها الثلث . . أعيدت القرعة بين الولدين ، فمن خرجت عليه قرعة العتق . . عتق جميعه ورق الآخر والأمتان . وإن احتمل الثلث أحدهما وبعض الآخر . . أقرع بينهما ، فمن خرجت عليه قرعة العتق . . عتق جميعه ، وعتق من الآخر تمام الثلث ، ورق باقيه والأمتان .

فرع : [أعتق في مرض موته عبداً قيمته مئة وله مئتان غائبتان] :

قال ابن اللبان : إذا أعتق في مرض موته عبداً قيمته مئة درهم ، وله مئتا درهم غائبتان أو دين ، ولا مال له غير ذلك . . عتق ثلثه في الحال ، وسلم ثلثاه إلى الورثة ؛ لأنه لا يتنجز للموصى له شيء إلا ويحصل للورثة مثله .

ولا يملك الورثة بيعه ؛ لأن تنجز عتق باقيه موقوف على قضاء الدين أو حصول المال الغائب ، والبيع لا يجوز وقفه .

فإن كسب العبد مالاً قبل اقتضاء الدين . . كان للعبد ثلث كسبه ، وللورثة ثلثاه . فإذا نضج جميع الدين . . نفذ عتق جميعه ؛ لأنه حصل للورثة مثلاً قيمته .

وهل يرجع العبد على الورثة بما أخذوا من كسبه وأجرة ما خدمهم ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يرجع عليهم ؛ لأنهم أخذوه في حالة أباح لهم الشرع أخذه .

والثاني - وهو المنصوص عليه - : (أنه يرجع عليهم) ؛ لأنه بان أنه كان حرّاً ذلك الوقت .

ولا يرجع الورثة عليه بما أنفقوه على ثلثيه وجهاً واحداً ؛ لأنهم أنفقوه عليه لحظهم واختيارهم ، إذ لو شأوا . . لأجازوا عتقه .

وإن مات للعبد من يرثه قبل أن ينضج الدين . . فهل يوقف ميراثه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يوقف ميراثه منه ؛ لأنه لا يؤمن أن يكون حرّاً ، والظاهر من الدين أنه

يقضى ، وإن أعسر الغريم أو تلف المال الغائب . . رد الموقوف على ورثة مناسبت العبد المعتق .

والثاني : أَنَّهُ لَا يُوقَفُ ، بَلْ يُدْفَعُ ذَلِكَ إِلَى وَرَثَةِ مُنَاسِبِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّا لَا نَتَيَقَّنُهُ وَارثاً
فَلَا نَمْنَعُ الْوَرَثَةَ مِيرَاثَهُمْ لَجَوَازِ أَنْ يَنْصُزَ الدَّيْنُ ، كَمَا لَمْ يُمْنَعِ وَرَثَةُ الْمُعْتَقِ مِنْ أَسْتِخْدَامِ
ثَلَاثِي الْعَبْدِ الْمُعْتَقِ .

فَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ قَبْلَ أَنْ يَنْصُزَ الدَّيْنُ أَوْ يَحْصَلَ الْمَالُ الْغَائِبُ . . كَانَ لَوَرَثَةِ
الْعَبْدِ ثَلَاثُ كَسْبِهِ وَلَوَرَثَةِ سَيِّدِهِ ثَلَاثُهُ عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ ، وَعَلَى الْقَدِيمِ : يَكُونُ جَمِيعُ
كَسْبِهِ لَوَرَثَةِ سَيِّدِهِ .

وَإِنْ نَصَّ الدَّيْنُ أَوْ حَضَرَ الْغَائِبُ بَعْدَ مَوْتِ الْعَبْدِ . . رَدَّ وَرَثَةُ السَّيِّدِ عَلَى وَرَثَةِ الْعَبْدِ
الْمُعْتَقِ مَا أَخَذُوهُ مِنْ كَسْبِهِ فِي أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ .

وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ مَوْتِ الْعَبْدِ ابْنُ لِلْعَبْدِ مِنْ حُرَّةٍ مُعْتَقَةٍ لِقَوْمٍ ، وَتَرَكَ مَوْلَى أُمِّهِ وَمَوْلَى
أَبِيهِ . . أُعْطِيَ مَوْلَى الْأَبِ مِنْ مَالِهِ قَدْرَ مَا حُكِمَ بِعَتَقِهِ مِنَ الْعَبْدِ بِجُزْءِ الْوَلَاءِ ، وَبَاقِي مَالِ
ابْنِ الْعَبْدِ لِمَوْلَى أُمِّهِ .

فَإِنْ نَصَّ الدَّيْنُ أَوْ حَضَرَ الْغَائِبُ بَعْدَ ذَلِكَ . . تَبَيَّنَا أَنَّ الْأَبَ قَدْ كَانَ مَاتَ حُرّاً ، وَأَنَّهُ
حُرٌّ وَلَاءٌ وَلَدِهِ مِنْ مَوْلَى أُمِّهِ إِلَى مَوْلَى أَبِيهِ ، فَيَرُدُّ وَرَثَةُ السَّيِّدِ مَا أَخَذُوا مِنْ كَسْبِ الْعَبْدِ
عَلَى وَرَثَةِ الْعَبْدِ الْمُعْتَقِ فِي أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ ، وَيَرُدُّ مَوْلَى أُمِّ ابْنِ الْعَبْدِ مَا أَخَذَ مِنْ مَالِ
الْأَبِ عَلَى مَوْلَى الْعَبْدِ .

وَلَوْ سَلَّمَ لَوَرَثَةِ الْمُعْتَقِ مِنَ الْمُتَتَيْنِ مِثَّةً ، وَثَوَى^(١) الْبَاقِي أَوْ تَلَفَ . . تَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ عَتَقَ
ثَلَاثًا الْعَبْدَ ، وَرَقَّ ثَلَاثُهُ وَحُرُّ ثَلَاثِي وَلَاءٍ^(٢) وَلَدِهِ ، فَيَرُدُّ وَرَثَةُ السَّيِّدِ عَلَى الْإِبْنِ مَا أَخَذُوا مِنْ
كَسْبِ أَبِيهِ تَمَامَ الثَّلَاثِينَ فِي أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ ، فَيُضَافُ إِلَى مَا خَلَفَهُ الْإِبْنُ ، وَيُجْعَلُ ثَلَاثُهُ
لِمَوْلَى أَبِيهِ ، وَثَلَاثُهُ لِمَوْلَى أُمِّهِ ، وَيُحْتَسَبُ عَلَى مَوْلَى الْأُمِّ بِمَا أَخَذَهُ مِنْ مِيرَاثِ الْإِبْنِ .
وَإِنْ أَنْكَرَ الْغَرِيمُ الدَّيْنَ ، وَلَا بَيِّنَةً ، وَنَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ ، وَلَمْ يَحْلِفْ وَرَثَةُ السَّيِّدِ . . فَهَلْ
يَحْلِفُ الْعَبْدُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَحْلِفُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ مَا يَحْلِفُ عَلَيْهِ .

(١) ثَوَى : هَلَكَ ، وَفِي (م) : (وَرَثُوا) .

(٢) حُرٌّ : خَالِصٌ ، الْوَلَاءُ : أَحَدُ أَسْبَابِ الْمِيرَاثِ وَيُرِثُ تَعْصِيّاً .

والثاني : يحلف ؛ لأنه يستحق العتق بثبوت المال الذي يحلف عليه .

وإن دفع الغريم الدين إلى الوارث ، فقال الوارث : لا دين لمورثي عليك ، فإن كان المعتق قد ادعى الدين . . . عتق العبد ولم يقبل إقرار الوارث أنه لا دين للمعتق ؛ لأنَّ المعتق قد ادَّعاه وصدَّقه الغريم ، وفي تكذيب الورثة إبطال لحق العبد من العتق ، فلم يقبل .

وهكذا : لو صدَّق العبد الورثة أنه لا دين للمعتق . . . لم يحكم ببطالان العتق ؛ لأنَّ العتق حق لله تعالى ، فلا يقبل قوله فيما يسقطه .

وإن كان المعتق لم يدع الدين . . . لم يقبل إقرار الغريم - سواء ادَّعاه العبد أو لم يدَّعه - إذا لم يدَّعه الوارث ؛ لأنَّ في ذلك إثبات المال لمن يدَّعه وإبطالا لحق الورثة من رق العبد .

وإن ادَّعى الورثة ديناً للميت على رجل ، فأنكر وحلف ، ثم أقر المدعى عليه بعد ذلك بالدين ، وكذبه الورثة بإقراره . . . لم يقبل تكذيبهم ، سواء صدَّقه العبد على التكذيب أو كذَّبهم ؛ لأنَّ إقرارهم قد سبق بأنَّه مال للميت ، ولزمهم بذلك حق العتق ، فلم يقبل إقرارهم بعد ذلك بما يسقطه .

فرع : [اعتق عبداً لا مال له غيره] :

إذا اعتق في مرض موته عبداً لا مال له غيره ، وعليه دين يستغرق قيمته ، وطالبه الغرماء به . . . بطل العتق ، وقيل للورثة : إن شئتم أن تقضوا الدين من مالكم وتملكوا العبد . . . كنتم أحق به . وإن لم يختاروا ذلك ، وطلب الغرماء أن يأخذوا العبد بقيمته عن دينهم . . . قال ابن اللبان : كانوا أحق بشرائه من الأجنبي ؛ لأنه أحظ للميت ؛ لأنه يبرأ من الدين يقيناً ، ويأمن عهدة الثمن .

فلو كسب العبد مالاً بعد موت سيده . . . كان ملكاً لورثة السيد على قول الشافعي ، وعلى قول الإصطخري : يقضى من كسبه الدين . ولو أبرأ الغرماء الميت من الدين . . . عتق ثلث العبد ، ورق ثلثاه .

مسألة : [نكاح الرجل في مرض الموت] :

إذا نكح الرجل في مرض موته . . صحَّ النكاحُ وورثته .

وأما الصَّدَاقُ : فإنَّ أَصَدَقَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا . . أَسْتَحَقَّتْ ذَلِكَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ .

وإنَّ أَصَدَقَهَا أَكْثَرَ مِنْ مَهْرٍ مِثْلُهَا : فإنَّ وَرَثَتَهُ . . كَانَ مَا زَادَ عَلَى مَهْرٍ مِثْلِهَا وَصِيَّةً لَوَارِثٍ عَلَى مَا مَضَى . وَإِنْ لَمْ تَرِثْهُ ، بَأَنَّ كَانَتْ ذَمِّيَّةً أَوْ مَمْلُوكَةً ، أَوْ قَتَلَتْهُ ، أَوْ مَاتَتْ قَبْلَهُ ، أَوْ أَبَانَهَا ، وَقُلْنَا : لَا تَرِثْهُ . . كَانَ مَا زَادَ عَلَى مَهْرٍ مِثْلِهَا وَصِيَّةً تُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ . وَبِهِ قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ ، وَأَحْمَدُ ، وَإِسْحَاقُ .

وقَالَ مَالِكٌ : (لَا يَصِحُّ نِكَاحُهُ) .

وقَالَ الزَّهْرِيُّ : يَصِحُّ نِكَاحُهُ وَلَا تَرِثُهُ الزَّوْجَةُ .

وقَالَ رِبِيعَةُ : يَصِحُّ ، وَلَكِنْ تَسْتَحِقُّ الْمَهْرَ فِي الثَّلَاثِ وَإِنْ لَمْ يَزِدْ عَلَى مَهْرٍ مِثْلِهَا .

دَلِيلُنَا عَلَى مَالِكٍ : قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتَى وَثَلَاثَ وَرُبْعَ ﴾

[النساء : ٣] .

وقَالَ ﷺ : « مَنْ أَحَبَّ فِطْرَتِي . . فَلْيَسْتَنْ بِسُتْنِي ، وَمِنْ سُتْنِي : النِّكَاحُ » ^(١) .

(١) أخرجه من طريق إبراهيم بن ميسرة عن عبيد بن سعد عبد الرزاق في « المصنف » (١٠٣٧٨) وأبو يعلى في « المسند » (٢٧٤٨) ، وسعيد بن منصور في « السنن » (٤٨٦) و (٤٨٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٧٨ / ٧) في النكاح ، قال الهيثمي في « المجمع » (٢٥٥ / ٤) : رواه أبو يعلى ورجاله ثقات إن كان عبيد بن سعد صحابياً ، وإلا فهو مرسل . وفي الباب أيضاً :

عن أنس رواه البخاري (٥٠٦٣) ، ومسلم (١٤٠١) في النكاح وفيه : « أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له . . . وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي . . فليس مني » .
وعن أيوب عند عبد الرزاق في « المصنف » (١٠٣٧٩) : « من استن بسنتي . . فهو مني ، ومن سنتي : النكاح » .

وعن أبي ذر عند عبد الرزاق مطولاً في « المصنف » (١٠٣٨٧) وفيه : « إن من سنتنا النكاح . . . » .

وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الصَّحِيحِ وَالْمَرِيضِ .

وروي عَنْ معاذٍ : أَنَّهُ مَرَضَ ، فَقَالَ : (زَوْجُونِي ، زَوْجُونِي ، لَا أَلْقَى اللَّهَ عَزَبًا) .

وقال ابن مسعود : (لَوْ لَمْ يَبْقَ مِنْ عُمْرِي إِلَّا عَشْرَةُ أَيَّامٍ لَا أَحِبُّ أَنْ أَكُونَ بغير زوجة)^(١) .

وروي : (أَنَّ الزَّيْبَرَ دَخَلَ عَلَى قُدَّامَةَ بْنِ مَطْعُونٍ يَعُودُهُ وَهُوَ مَرِيضٌ ، فُبَشِّرَ الزَّيْبَرَ بِنَيْتٍ وَهُوَ عِنْدَهُ ، فَقَالَ لَهُ قُدَّامَةُ : زَوْجِيهَا ، فَقَالَ لَهُ الزَّيْبَرُ : مَا تَصْنَعُ بِهَا وَأَنْتَ عَلَى هَذِهِ الْحَالَةِ ؟ ! فَقَالَ قُدَّامَةُ : إِنْ عَشْتُ .. فَأَبْنَةُ الزَّيْبَرِ ، وَإِنْ مِتُّ .. فَهِيَ أَحَقُّ مَنْ وَرَثَتِي) وَلَا يُعْرِفُ لَهُمْ مُخَالَفٌ .

ودليلنا على الزهري : أَنَّهُ مَعْنَى يورثُ بِهِ ، فَاسْتَوَى فِيهِ الصَّحِيحُ وَالْمَرِيضُ ، كَالِإِقْرَارِ بِالنَّسَبِ .

ودليلنا على ربيعة : أَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فَاعْتَبَرَ عَوَضُ الْمِثْلِ فِيهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، كَالِابْتِيعِ .

إذا بُتَّ لهذا : فَإِنْ تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ ذَمِيَّةً فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرٍ مِثْلِهَا ، فَاسْلَمَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ .. صَارَتْ وَارِثَةً لَهُ ، وَكَانَ مَا زَادَ عَلَى مَهْرِ مِثْلِهَا وَصِيَّةً لَوَارِثٍ ؛ لِأَنَّ الْاعْتِبَارَ عِنْدَ الْمَوْتِ لَا عِنْدَ الْعَقْدِ .

وإِنْ تَزَوَّجَ حُرٌّ أَمَةً لِغَيْرِ وَارِثِهِ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، فَأُعْتِقَتْ قَبْلَ

= وعن أبي نجيع عند عبد الرزاق في « المصنف » (١٠٣٧٦) : « من كان موسراً لأن ينكح ثم لم ينكح .. فليس مني » .

ورواه عن سعيد بن المسيب عبد الرزاق في « المصنف » (١٠٣٧٤) أن نفراً من أصحاب النبي ﷺ فيهم علي وعبد الله بن عمرو لما تبتلوا ... وفيه : « وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي .. فليس مني » .

وعن أبي هريرة رواه البيهقي في « السنن الكبرى » (٧٨/٧) في النكاح بلفظه .

(١) أخرجه عن ابن مسعود عبد الرزاق في « المصنف » (١٠٣٨٢) في النكاح ، وابن حزم في « المحلى » (٢٥/١٠) ، وذكره الهندي في « كنز العمال » (٤٥٦١٠) أيضاً .

موتيه . . ورثته ، وكان ما زاد على مهر مثلها وصية تلزم من الثلث لمولاها ، ولا يجتمع الميراث والوصية لشخص .

فرع : [أعتق في مرضه المخوف أمة] :

إذا أعتق في مرض موتيه المخوف أمة له ، وله مالٌ تخرج من ثلثه . . فهل يصح لوليها الحر أن يزوجه بإذنها قبل موت السيد من مرضه ذلك ، أو يرثه منه ؟ فيه وجهان :

[أحدهما] : قال أبو العباس ابن سريج ، وأكثر أصحابنا : يصح نكاحها ؛ لأن في ملك المريض مالا تخرج الجارية من ثلثه والظاهر بقاءؤه ، فنفذ عتقها في الحال ، وصح تصرفها في بضعها ، كما لو مات السيد وهي تخرج من ثلثه ولم يظهر عليه دين . . فإن لها أن تتصرف في بضعها .

و[الثاني] : قال ابن الحداد ، وابن اللبان ، والقاضي أبو الطيب : لا يصح نكاحها ؛ لأن عتقها موقوف على ما تبين في ثاني الحال .

فإن برى المريض من مرضه ، أو مات ، وخرجت من ثلثه . . نفذ عتقها . وإن لم تخرج من ثلثه ولم يجز الورثة . . لم ينفذ العتق في جميعها . وربما ظهر عليه دين يستغرق جميع التركة ، فلا ينفذ العتق في شيء منها .

وإذا كان كذلك . . لم يصح عقد النكاح على امرأة مشكوك في حرّيتها ، كما لو أسلم وثني وتخلّفت امرأته في الشرك . . لم يجز له أن يعقد النكاح على أختها قبل انقضاء عدتها .

قال القاضي أبو الطيب وابن اللبان : وعلى هذا لو شهدت . . لم تقبل شهادتها ، ولو جنت أو جني عليها . . لوقف ذلك ، وإن قذفت غيرها . . لم تحدّ حدّ حرّة ، وإن قذفها قاذف . . لم يحدّ حدّ القذف ، وإن مات لها من ثلثه . . وقف ميراثها منه على ما نتبين من أمر المعتيق . قالوا : وكذلك لو وهب في مرضه المخوف لغيره جارية تخرج من ثلثه ، وقبضها الموهوب له . . لم يجز له وطؤها قبل موت الواهب أو يرثه من مرضه ؛ لأن هبتها موقوفة على ما تبين من حاله ، فلا يباح له وطء امرأة يشك في ملكها .

فرع : [اعتق أمته في مرضه المخوف وتزوجها قبل برئه] :

وإن أعتق في مرضه المخوف أمة له تخرج من ثلثه ، فتزوجها قبل برئه من مرضه :
قال القاضي أبو الطيب : فعلى قول ابن الحداد في المسألة قبلها لا يصح نكاحه
لها . وبه قال ابن اللبان ؛ لما ذكرناه في التي قبلها .

وقال أبو العباس ابن سريج ، والشيخ أبو حامد ، وعامة أصحابنا : يصح النكاح .
وقد حكاه القاضي أبو الطيب في « شرح المولدات » في موضع آخر عن ابن الحداد :
أنه يصح .

فإذا قلنا بهذا - وهو المشهور - ومات . . فإنها لا ترثه ؛ لأن إثبات ميراثها يؤدي إلى
نفيه ؛ لأن عتقها في مرض الموت وصية لها ، والوصية لا تصح للوارث ، فلو ورثناها
منه . . لبطل عتقها ، وإذا بطل عتقها . . بطل ميراثها ، وما أدى إثباته إلى نفيه . . بطل
إثباته .

قال الشيخ أبو حامد : وليس على مذهب الشافعي حرة مسلمة لا ترث زوجها إلا
هذه .

فعلى هذا : إذا تزوجها بمهر مثلها ولا ينقص مهرها ثلثه . . استحقت ذلك . وإن
تزوجها على أكثر من مهر مثلها ، والزيادة تخرج من ثلثه . . استحقت ذلك كله ؛ لأنها
ليست بوارثة له .

وإن كان مهرها ينقص ثلثه ، بأن كانت قيمتها مئة درهم ، وله مئتا درهم عين^(١) ،
فتزوجها على مئتين أو بعضهما . . لم تستحق مهراً ؛ لأنها لو استحقت ذلك . . لم
يحصل للورثة مثلاً قيمتها ، فيرق بعضُها ، وإذا رُق بعضُها . . بطل نكاحها ، وإذا بطل
النكاح . . بطل المهر ، وما أدى إثباته إلى نفيه بطل إثباته . وهذه حرة سليمة لا تستحق
مهرها ولا نظير لها .

فَإِنْ أَعْتَقَ الْمَرِيضُ أُمَّةً قِيمَتُهَا مِثْلُهُ لَا مَالَ لَهُ غَيْرَهَا ، وَتَزَوَّجَهَا فِي مَرَضِهِ ، وَمَاتَ :
فَإِنْ قُلْنَا بِقَوْلِ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ ، وَأَبْنِ اللَّبَّانِ . . فَاَلنِّكَاحُ بَاطِلٌ .

وَإِنْ قُلْنَا بِقَوْلِ أَبِي الْعَبَّاسِ ، وَعَامَّةِ أَصْحَابِنَا : فَإِنْ أَجَازَ الْوَرِثَةُ الْعِتْقَ بَعْدَ الْمَوْتِ ،
فَإِنْ قُلْنَا : الْإِجَازَةُ تَنْفِذُ لِمَا فَعَلَهُ الْمُوصِي . . حُكْمَ بَصَحَةِ النِّكَاحِ ، وَعَلَيْهَا عِدَّةُ
الْوَفَاةِ ، وَلَا مَهْرَ لَهَا سِوَاءِ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ ؛ لِأَنَّ إِثْبَاتَهُ يُوَدِّي إِلَى إِسْقَاطِهِ عَلَى
مَا مَضَى . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْإِجَازَةَ أَبْتَدَأَ عِتْقُ مِنَ الْوَرِثَةِ ، أَوْ لَمْ يُجِزُوا . . كَانَ النِّكَاحُ
بَاطِلًا . فَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ لَمْ يَطَّأَهَا قَبْلَ مَوْتِهِ . . فَلَا كَلَامَ . وَإِنْ كَانَ قَدْ وَطَّأَهَا بَعْدَ الْعِتْقِ ،
وَمَهْرٌ مِثْلُهَا خَمْسُونَ . . كَانَ لَهَا مِنْ مَهْرٍ مِثْلِهَا بِقَدَرٍ مَا فِيهَا مِنَ الْحَرِّيَّةِ . فَإِنْ أَبْرَأَتْ
مِنْهُ . . عِتْقُ ثُلُثِهَا ، وَرُقٌّ ثُلَاثَا . وَإِنْ لَمْ تُبْرَأْ مِنْهُ . . دَخَلَهَا الدَّوْرُ ، فَنَقُولُ :

يَعْتَقُ مِنَ الْأُمَّةِ شَيْءٌ مِنَ الثُّلْثِ ، وَلَهَا مِنْ مَهْرٍ مِثْلُهَا نِصْفُ شَيْءٍ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ،
فَبَقِيَ فِي يَدِ الْوَرِثَةِ جَارِيَةٌ قِيمَتُهَا مِثْلُهُ إِلَّا شَيْئًا وَنِصْفَ شَيْءٍ يَعْدِلُ مِثْلِي الشَّيْءِ الْخَارِجِ
بِالْوَصِيَّةِ ، وَذَلِكَ شَيْئَانِ ، فَإِذَا جَبَزَتِ الْمِثْلَةَ بِالشَّيْءِ وَالنِّصْفِ ، وَزِدَتْ ذَلِكَ عَلَى الشَّيْئَيْنِ
الْمَعَادِلَيْنِ . . عَدَلَتْ الْمَحْنَةُ إِلَى ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ وَنِصْفٍ ، فَالشَّيْءُ الْوَاحِدُ سُبْعَا الْجَارِيَةِ ،
فَيُعْتَقُ مِنْهَا سُبْعَاها ، وَتَسْتَحِقُّ سُبْعِي مَهْرِها ، وَهُوَ مِثْلُ سُبْعِ رَقَبَتِهَا ، فَيَقَالُ لِلْوَرِثَةِ :
إِنْ أَخْتَرْتُمْ أَنْ تَبِيعُوا سُبْعَ رَقَبَتِهَا ، وَتُسَلِّمُوا ثَمَنَهُ إِلَيْهَا . . بَقِيَ مَعَكُمْ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعِ
رَقَبَتِهَا ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا عِتْقَ مِنْهَا .

وَإِنْ أَخْتَرْتُمْ أَنْ تُعْطَوْهَا سُبْعِي مَهْرِها مِنْ خَاصٍّ أَمْوَالِكُمْ . . مَلَكَتُمْ خَمْسَةَ أَسْبَاعِهَا .
وَإِنْ أَخْتَارَتِ الْأُمَّةُ أَنْ تَأْخُذَ سُبْعَ رَقَبَتِهَا بِمَهْرِها :

قَالَ أَبُو اللَّبَّانِ : كَانَتْ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ . هَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ .

وَفِيهَا وَجْهَانِ آخَرَانِ ، خَرَّجَهُمَا أَبُو الْعَبَّاسِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ الَّذِي غَرِمَهُ السَّيِّدُ مِنْ مَهْرِها يَكُونُ مِنَ الثُّلْثِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ خَرَجَ مِنْهُ
بِسَبَبِ عِتْقِهِ ، وَلَا يَخْرُجُ مِنْهُ بِالْعِتْقِ وَسَبَبُهُ أَكْثَرُ مِنَ الثُّلْثِ .

وَعَلَى هَذَا نَقُولُ : عِتْقَ مِنْهَا شَيْءٌ ، وَلَهَا مِنْ مَهْرِها نِصْفُ شَيْءٍ ، وَبَقِيَ فِي يَدِ
الْوَرِثَةِ جَارِيَةٌ قِيمَتُهَا مِثْلُهُ إِلَّا شَيْئًا وَنِصْفَ شَيْءٍ يَعْدِلُ ثَلَاثَةَ أَشْيَاءَ ، فَإِذَا جَبَزَتِ . . عَدَلَتْ

المئة أربعة أشياء ونصفاً ، فالشيء تسعا الجارية فيُعتَقُ تُسعاها ، ولها تسعا مهرها ، وهو مثلُ تسعِ رَقَبَتِها ، فيباعُ في المهرِ ويُسلَّمُ إليها ، ويبقى مع الورثة ثلثاها .

والوجه الثاني : يجعلُ مهرها هدرًا ، كما لو وطَّها السيّد ثمَّ أعتَقها .

فعلى هذا : يُعتَقُ ثلثها ويُرقُّ ثلثاها ، فإنَّ أحَبَلها السيّد . . ففيه وجهان :

أحدهما : تُعتَقُ بموته بالإحبال لا بالإعتاق ؛ لأنَّ الميت لا ثلث له .

والثاني : تُعتَقُ مِنْ حِينَ أعتَقها ؛ لأنَّها لم تبقَ على ملك الميت حتَّى تجري فيها المورايتُ والوصيّةُ ، وصارَ عتقُ الميت غير مانعٍ للورثة مِنْ أَنْ يرثوها . فتكونُ كعتقِ الصحيح ، ويجبُ لها المهرُ في ذمَّته .

قال ابنُ اللَّبانِ : والأوَّلُ أشبهُ بمذهبِ الشافعيّ .

فإنَّ تركَ السيّدُ معها مئةَ درهمٍ . . فإنَّكَ تقولُ : عتقَ منها شيءٌ بالوصيّةِ ، ولها نصفُ شيءٍ بالمهرِ تأخذه مِنْ المئةِ ، ويُعتَقُ باقيها بالإحبالِ مِنْ رأسِ المالِ ، فبقي في يدِ الورثة مئةٌ إلَّا نصفُ شيءٍ يعدلُ مثلي ما عتقَ منها ، وذلكَ شيانِ ، فإذا جبرتِ المئةُ بما نقصَ منها وزدَّته على الشيتين . . عدَلَتِ المئةُ شيتين ، ونصفا الشيءِ خمسُ المئةِ وهو أربعون ، فيُعلَمُ أنَّ الذي عتقَ منها خمسَها وقيمتُهُ أربعون ، فتستحقُّ خمسي مهرها وهو عشرون مِنْ المئةِ ، ويبقى في يدِ الورثة ثمانونَ وهو مثلاً ما عتقَ مِنْ الجارية .

وعلى الوجه الذي يجعلُ ما غَرِمَهُ السيّدُ مِنَ المهرِ مِنَ الثُلثِ يعدلُ المئةُ إلَّا نصفَ شيءٍ ثلاثةَ أشياءَ فإذا جبرتْها عدَلَتِ ثلاثةَ أشياءَ ، ونصفُ الشيءِ سُبُعَاها ، فإذا أَسْتَحَقَّتْ سُبُعِي مهرها - وهو سُبُعُ المئةِ - بقي في يدِ الورثة ستَّةُ أسباعِ المئةِ ، وهو : مثلاً ما عتقَ منها وأخذته بالمهرِ .

وعلى الوجه الذي يجعلُ المهرَ هدرًا : يُعتَقُ نصفُها بالإعتاقِ ، ونصفُها بالإحبالِ ، ويبقى في يدِ الورثة مئةٌ ، مثلاً ما عتقَ منها بالإعتاقِ .

وهكذا : إنَّ أبرأتَ مِنْ مهرها ، وقُلنا : يجبُ عتقُ نصفِها بالإعتاقِ ، ونصفُها بالإحبالِ .

فرع : [أعتق أم ولده في مرض موته ثم تزوجها بمهر مثلها] :

وإن أعتق أم ولده في مرض موته ، ثم تزوجها قبل موته بمهر مثلها . . صحَّ النكاح وجهاً واحداً ، وورثته ؛ لأنَّ عتقها لا يُعتبر من ثلث التركة ؛ لأنها مستحقة للعتق بموته .

فإن أصدقها أكثر من مهر مثلها . . كان ما زاد على مهر مثلها وصية لوارث على ما مضى ؛ لأنها ترثه ، فيثبت الميراث ولا تثبت الوصية ؛ لأنهما لا يجتمعان . وإنما أثبتنا الميراث ؛ لأنه أقوى من الوصية ؛ لأنه يثبت بغير اختياره ، والوصية لا تثبت له إلا باختياره^(١) .

فرع : [أعتق في مرض موته جارية على أن تزوج به] :

وإن أعتق في مرض موته جارية له على أن تزوج به ، ويكون عتقها صداقها ، ورضيت به ، فتزوجها قبل موته . . فإنَّ عتقها يصح ، ولا يلزمها أن تزوج به ؛ لأنه سلف في عقد ، ويلزمها قيمتها لسيدها ؛ لأنه ما رضي بزوال ملكه عنها إلا بعوض ولم تسلمه له ، فيثبت له قيمتها ، كما لو كاتبها على مُحَرَّم وسلمته إليه .

فإذا نكحها . . صحَّ نكاحه لها وجهاً واحداً ؛ لأنها لا تعتق من ثلثه ؛ لأنها تعتق عليه بعوض وترثه ؛ لأنَّ توريثها لا يؤدي إلى إبطال عتقها ، فإن أصدقها مهر المثل . . استحقته . وإن أصدقها أكثر من مهر مثلها . . لم تستحق الزيادة من غير إجازة الورثة ؛ لأنها وارثة له .

فرع : [أعتقت في مرض موتها عبداً ثم تزوجته] :

وإن أعتقت امرأة عبداً لها في مرضها المخوف ، ثم تزوجت به ولها مال يخرج العبد من ثلثه :

(١) يعني : الموصى له .

فعلى قول القاضي أبي الطيب ، وأبن الحداد ، وأبن اللبان : النكاح باطل ؛ لأن عتقه موقوف على ما يتبين من أمرها ، ولا يجوز أن يقع عقد النكاح موقوفاً .

وعلى قول أبي العباس ، وعامة أصحابنا : يصح النكاح ، وإذا ماتت . . لم يرثها ؛ لأن تورثته منها يؤدي إلى إبطاله ، على ما مضى في الأمة .

فرع : [تزوج في مرض موته بأكثر من مهر المثل] :

وإن تزوج امرأة في مرض موته بمئة درهم ، ومهر مثلها خمسون ، فماتت قبله ، ورثتها ، ولا مال لهما غيرها . . فحسابه أن نقول :

لها مهر مثلها خمسون ، ولها مما بقي شيء وصية ؛ لأنها لم ترثه ، فلما ماتت قبله . . ورث عنها النصف - وهو : خمسة وعشرون - ونصف شيء ، فصار في يد ورثة الزوج خمسة وسبعون إلا نصف شيء يعدل شيئين ، فإذا جبرتها . . عدلت شيئين ، ونصف الشيء خمسا ذلك - وهو : ثلاثون ، وهو الذي صح لها بالمحابة مع مهر مثلها - فذلك ثمانون ، وبقي في يد الزوج عشرون ، فلما ماتت قبله . . ورث عنها نصف ما بيدها أربعين - وهو : نصف مهر مثلها - ونصف شيء ، فصار معه ستون ، مثلاً المحابة .

فلو ترك الزوج سوى الصداق خمسين ، أو تركت الزوجة مئة . . تمت المحابة للزوجة . فإن ترك الزوج سوى الصداق عشرين ، وترك الزوجة أيضاً ثلاثين . . فحسابه أن يقول :

لها مهر مثلها خمسون ، ولها مما بقي شيء محابة مع الثلاثين التي لها . . فتكون تركتها ثمانين وشيئاً ، يرث الزوج نصفها ، يضمه إلى باقي المئة في يد الزوج ، وإلى العشرين ، فيصير في يده مئة وعشرة إلا نصف شيء يعدل شيئين . فإذا جبرتها . . عدلت شيئين ، ونصف الشيء خمسا ذلك - وهو : أربعة وأربعون - فتأخذ الزوجة ذلك مع مهر مثلها ، وتضمه إلى الثلاثين . . فيكون جميع تركتها مئة وأربعة وعشرين ، فيرث الزوج نصف ذلك - وهو : أثنان وستون - وقد بقي في يده من المئة ستة والعشرون الأخرى ، فذلك كله ثمانية وثمانون مثلاً المحابة .

وإن كَانَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ عَشْرُونَ دِينَارًا ، وَلَا مَالٌ لَهُمَا غَيْرَ الْمِئَةِ . . فحسابُهُ أَنْ تَقُولَ :
لَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا خَمْسُونَ ، وَلَهَا شَيْءٌ مُحَابَاةً ، يَخْرُجُ مِنْهَا عَشْرُونَ دِينَارًا ، بَقِيَ لَهَا
ثَلَاثُونَ وَشَيْءٌ يَرِثُ الزَّوْجُ نِصْفَ ذَلِكَ - وَهُوَ : خَمْسَةُ عَشَرَ - وَنِصْفَ شَيْءٍ يَضُمُّهُ إِلَى
مَا بَقِيَ مَعَهُ ، فَيَصِيرُ خَمْسَةً وَسِتِّينَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَخْرُجُ دِينَارًا عَشْرُونَ ، فَيَبْقَى لَوَرِثَتِهِ
خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ شَيْئَيْنِ ، وَنِصْفَا
الشَّيْءِ خُمُسًا ذَلِكَ - وَهُوَ : ثَمَانِيَةَ عَشَرَ - فَيَصْخُ لَهَا ذَلِكَ مَعَ مَهْرٍ مِثْلِهَا ، فَيَصِيرُ ثَمَانِيَةَ
وَسِتِّينَ ، فَإِذَا خَرَجَ لَدَيْنَهَا عَشْرُونَ ، بَقِيَ ثَمَانِيَةُ وَأَرْبَعُونَ . . فِيرِثُ الزَّوْجُ أَرْبَعَةً وَعَشْرِينَ
مَعَ اثْنَيْنِ وَثَلَاثِينَ يَبْقَى مَعَهُ مِنَ الْمِئَةِ ، فَذَلِكَ سِتَّةٌ وَخَمْسُونَ ، فَإِذَا خَرَجَ لَدَيْنِهِ
عَشْرُونَ . . بَقِيَ لَوَرِثَتِهِ سِتَّةٌ وَثَلَاثُونَ ، وَهُوَ مِثْلًا مَا صَحَّ لَهَا بِالْمُحَابَاةِ .

مَسْأَلَةٌ : [شراء وبيع من في مرض الموت] :

وَإِذَا اشْتَرَى شَيْئًا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، أَوْ بَاعَهُ بِثَمَنِ الْمِثْلِ . . صَحَّ ذَلِكَ وَلَمْ يُعْتَبَرْ مِنَ
الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ مَا رَجَعَ إِلَيْهِ مِثْلُ مَا خَرَجَ مِنْهُ .
وَإِنْ اشْتَرَى شَيْئًا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ أَوْ بَاعَهُ ، وَحَابَى فِي ذَلِكَ . . أَعْتَبَرَتِ الْمُحَابَاةُ مِنَ
ثَلَاثِ التَّرَكَّةِ .

وَقَالَ أَبُو اللَّبَّانِ : الْقِيَاسُ يَقْتَضِي أَنْ يَبْطُلَ بَيْعُ الْمَرِيضِ وَشِرَاؤُهُ إِذَا كَانَ فِيهِمَا
مُحَابَاةٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَقَعَ الْعَقْدُ مَوْفُوفًا ، عَلَى مَا تَبَيَّنَ فِي بَاقِي الْحَالِ ^(١) .
وَالْمَشْهُورُ هُوَ الْأَوَّلُ ، وَعَلَيْهِ التَّفْرِيعُ ، وَقَدْ مَضَى ذَلِكَ فِي الْبَيَوعِ .

فَرْعٌ : [شراء من يعتق عليه في مرض موته] :

وَإِنْ اشْتَرَى ابْنَهُ أَوْ أَبَاهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ . . عَتَقَ مِنْ ثُلَاثِهِ وَلَا يَرْتُهُ ؛ لِأَنَّ عَتَقَهُ وَصِيَّةٌ ،
وَلَا يَجْتَمِعُ لَهُ الْمِيرَاثُ وَالْوَصِيَّةُ .

(١) باقِي الْحَالِ : أَيُّ مَا يُؤُولُ إِلَيْهِ حَالُهُ ، وَفِي نَسْخَةِ : (ثَانِي) .

وإن اشتراه بمُحابةٍ ، وأَحْتَمَلَ الثُّلُثُ عِتْقَهُ والمُحَابَاةَ . . عتقَ ، ولزمتِ المُحَابَاةُ للبائعِ . وإن لَمْ يَحْتَمِلْهُمَا الثُّلُثُ . . ففيهِ ثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها - وهو المشهورُ - : أَنَّ المُحَابَاةَ تَقْدَمُ فِي الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّ البائعَ مَلِكُ الثَّمَنِ فِي حَالِ مَا مَلَكَ المشتري المبيعَ ، ثُمَّ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ مِنَ الثُّلُثِ . فإذا أَسْتغرقتِ المُحَابَاةُ الثُّلُثَ . . لَمْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَوَرِثَ عَنْهُ .

والثاني - وهو قولُ أَبِي العَبَّاسِ ابنِ سَرِيحٍ - : أَنَّ البَيْعَ لَا يَصْخُ ؛ لِأَنَّ تَصْحِيحَهُ يُوَدِّي إِلَى أَنَّ يَمْلِكُ الْإِنْسَانُ أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ ، وَلَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَذَلِكَ يَخَالِفُ مَقْتَضَى الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَصْخُ .

والثالثُ - وهو قولُ ابْنِ اللَّبَّانِ - : أَنَّ الثُّلُثَ يُقَسَّمُ بَيْنَ الْعَتَقِ وَالْمُحَابَاةِ عَلَى قَدَرِهِمَا ؛ لِأَنَّ فِي تَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا إِطْلَالَ لِلْآخَرِ ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأَوْلَى مِنَ الْآخَرِ .

وإن اشتراه في مرضٍ موته بثمانٍ مثله ، وعليه دينٌ يستغرقُ مالهَ . . ففيهِ وجهانٌ :
[أحدهما] : قَالَ أَبُو العَبَّاسِ ابنُ سَرِيحٍ : لَا يَصْخُ الشَّرَاءُ ؛ لِأَنَّ تَصْحِيحَهُ يُوَدِّي إِلَى أَنَّ يَمْلِكُ أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ ، وَلَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَصْخُ ، كَمَا لَا يَصْخُ شِرَاءُ الْكَافِرِ لِلْعَبْدِ الْمُسْلِمِ .

والثاني - وهو قولُ أَكْثَرِ أَصْحَابِنَا - : يَصْخُ الشَّرَاءُ ، وَلَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَيَبَاعُ فِي الدَّيْنِ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ الشَّرَاءِ الْمَلِكُ ، وَالَّذِينَ لَا يَمْنَعُ مِنْهُ ، فَلَمْ يَمْنَعْ صَحَّةَ الشَّرَاءِ . وَعِتْقُهُ مَعْتَبَرٌ مِنَ الثُّلُثِ ، وَالَّذِينَ يَمْنَعُ مِنْهُ كَمَا يَمْنَعُ الدَّيْنُ الْعَتَقَ بِالْإِعْتَاقِ . وَيَخَالِفُ شِرَاءَ الْكَافِرِ لِلْمُسْلِمِ ، فَإِنَّ الْكَفَرَ يَمْنَعُ الْمَلِكَ لِلْعَبْدِ الْمُسْلِمِ .

وإن كَانَ مَالُهُ مِثْلِي دَرَاهِمٍ وَأَمَةٌ تَسَاوِي مِثْلَهُ دَرَاهِمٍ وَلَا يَمْلِكُ غَيْرَ ذَلِكَ ، فَأَعْتَقَ الْأَمَّةَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، ثُمَّ اشْتَرَى أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ . . قُدِّمَ عَتَقُ الْأَمَةِ .

وعلى قولِ أَبِي العَبَّاسِ : لَا يَصْخُ الشَّرَاءُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ ، وَهُوَ لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ .
وعلى قولِ سَائِرِ أَصْحَابِنَا : يَصْخُ الشَّرَاءُ ، وَلَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، بَلْ يورِثُ عَنْهُ ، فَإِنْ كَانَ فِي وَرَثَتِهِ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ إِذَا مَلَكَهُ . . عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيبُهُ دُونَ الْبَاقِي . وَإِنْ كَانُوا مِمَّنْ لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ . . أَسْتَقَرَّ مِلْكُهُمْ عَلَيْهِ .

وهكذا : لو أبرأ^(١) البائع المشتري من الثمن ، أو برى من مرضه . . عتق عليه .

فرع : [ورث من يعتق عليه بالملك في مرض موته] :

وإن وِثَ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بِالْمَلِكِ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، وَلَا ذَيْنَ عَلَى الْوَارِثِ . . ففيه وجهان ، حكاهما القاضي أبو الطيب :

أحدهما : أَنَّهُ يُعْتَقُ عَلَيْهِ مِنْ ثُلْثِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكُهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ وَعَتَقَ عَلَيْهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ .

والثاني - وهو الأصح - : أَنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ بغير اختياره ، وعَتَقَ عَلَيْهِ بغير اختياره ، فَهُوَ كَمَا لَوْ تَلَفَ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، بخلاف ما لو اشْتَرَاهُ .

وإن وَهَبَ لَهُ فَقَبْلَهُ وَقَبْضَهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، أَوْ وَصَّى لَهُ بِهِ فَقَبْلَهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، وَلَا ذَيْنَ عَلَيْهِ :

فإن قلنا : إِنَّهُ إِذَا وَرِثَهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ يَعْتَقُ عَلَيْهِ مِنْ ثُلْثِهِ . . فهاهنا أولى .

وإن قلنا في الميراث : يُعْتَقُ عَلَيْهِ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ . . ففي الهبة والوصية وجهان :

أحدهما : أَنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ بغير عوض .

والثاني - وهو الأصح - : أَنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ مِنْ ثُلْثِهِ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ بِاختياره للقبول ، فَعَتَقَ مِنْ ثُلْثِهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ .

فكل موضع قلنا : إِنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . . فَإِنَّهُ يَرِثُ مِنْ مُعْتَقِهِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ .

وكل موضع قلنا : إِنَّهُ يَعْتَقُ مِنَ الثُّلْثِ . . فَإِنَّهُ لَا يَرِثُ مِنَ الْمُعْتَقِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ وَصِيَّةٌ ، وَلَا يَجْتَمِعُ لَهُ الْمِيرَاثُ وَالْوَصِيَّةُ .

(١) في حاشية نسخة : (برى من الدين ومن المرض أيضاً بكسر الراء ، وبرأ مرضه بفتحها) .

وقال أبو سعيد الإصطخري : لا يرث بحالٍ ، وليس بشيء ؛ لأنه إذا لم يكن عتقُه وصيّةً . . لم يُنافِ الميراث .

وأما إذا ورثه ، أو قبل وصيته ، أو قبضه في هبة في مرض موته ، وعليه دينٌ يستغرق تركته :

فإن قلنا : إنه يعتق إذا لم يكن عليه دينٌ من رأس المال . . عتق هاهنا ، ولا يباع في الدين .

وإن قلنا هناك : إنه يعتق من الثلث . . فهاهنا وجهان :

أحدهما - وهو الأصح - : أنه يملكه ويباع في الدين ؛ لأن العتق من الثلث لا يكون إلا بعد الدين .

والثاني - وهو قول أبي العباس - : أنه لا يصح قبوله في الهبة أو الوصية ، بل يكون على ملك الواهب ، أو ورثة الموصي ؛ لئلا يملكه ولا يعتق عليه .

فرع : [وهب له من يعتق عليه في مرض موته] :

إذا وهب له من يعتق عليه في مرض موته ، أو وصى له به فقبله^(١) ، ثم أعتق الموهوب عبداً له آخر ، فإن احتملها الثلث . . عتقا . وإن احتمل الثلث أحدهما لا غير :

فإن قلنا : إن عتق الموهوب أو الموصي به من رأس المال . . عتقا جميعاً .

وإن قلنا : إن عتق الموهوب أو الموصي به من الثلث . . قدّم عتق الموهوب أو الموصي به في الثلث ، ووقف عتق الآخر على إجازة الورثة .

وإن بدأ فأعتق عبداً له قيمته جميع ثلثه في مرض موته ، ثم وهبه له من يعتق عليه أو وصى له به فقبل :

فإن قلنا : يعتق الموهوب أو الموصي به من رأس المال . . عتقا جميعاً .

(١) في (م) زيادة : (ثم أعتق له به فقبله) .

وإن قلنا : يعتق الموهوب أو الموصى به من الثلث . . قُدِّمَ عتق الأول في الثلث ،
وفي الموهوب أو الموصى به وجهان :
أحدهما : لا يعتق ويرثه ورثة الموهوب .
والثاني : لا تصح هبته ولا الوصية له به .

والله أعلم

* * *

باب جامع الوصايا

إذا أوصى لجيرانه . . فإنه يُصَرِّفُ إلى أربعين داراً من كلِّ جانب .

وقال أبو حنيفة : (يكونُ ذلكَ للجارِ الذي يُلاصِقُهُ) .

وقال أبو يوسف : (هو لأهل الدَّربِ) .

وقال أحمدُ : (هو لأهل المسجد والجماعة ممَّنْ يسمعُ النداءَ والإقامةَ) .

دليلنا : ما رَوَتْ عائشةُ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ حَدِّ الْجَوَارِ ؟ فَقَالَ : « أَرْبَعُونَ

داراً ، هُكْذا ، وَهُكْذا ، وَهُكْذا ، وَهُكْذا ، يَمِيناً وَشِمَالاً وَقُدَّاماً وَخَلْفاً » (١) .

وبعضُهم يرويه : « أَرْبَعُونَ ذِرَاعاً » .

(١) أخرجه عن عائشة الصديقة من طريقين البيهقي في « السنن الكبرى » (٢٧٦/٦) في الوصايا ،

وأورده عنه الزيلعي في « نصب الراية » (٤١٤/٤) ، والحافظ في « تلخيص الحبير »

(١٠٧/٣) ، والعملوني في « كشف الخفاء » (١٠٥٤) وفيه قالت : يا رسول الله ما حدُّ

الجوار ؟ قال : « أربعون داراً » وفي رواية عنها : « أوصاني جبريل بالجوار إلى أربعين داراً ،

عشرة من هاهنا ، وعشرة من هاهنا ، وعشرة من هاهنا ، وعشرة من هاهنا » قال البيهقي : في

هذين الإسنادين ضعف ، وإنما يعرف من حديث ابن شهاب الزهري عن النبي ﷺ مراسلاً :

« أربعين داراً جار » أورده أبو داود في « المراسيل » وفي الباب :

عن أبي هريرة رواه أبو يعلى (٥٩٨٢) ، وابن حبان في « المجروحين والضعفاء »

(١٥٠/٢) ، وأورده ابن حجر في « المطالب العالية » (٢٧٢٣) قال عنه الهيثمي في

« المجمع » (١٦٩/٨) : رواه أبو يعلى عن شيخه محمد بن جامع العطار وهو ضعيف ، وفيه

أيضاً عبد السلام بن أبي الجنوب قال عنه ابن حبان : منكر الحديث يروي عن الثقات ما لا يشبه

حديث الأثبات ، لا يعجبني الاحتجاج بخبره لمخالفته الأثبات في الروايات . قال عنه ابن حجر

في « تلخيص الحبير » (١٠٨/٣) : وهو متروك .

وعن كعب بن مالك رواه الطبراني في « الكبير » (١٤٣/١٩) نحو سياق أبي داود وفيه

يوسف ابن السفر وهو متروك أيضاً .

مسألة : [أوصى لقراء القرآن] :

وإن وصى لقراء القرآن.. كان ذلك لمن يحفظ جميع القرآن . وهل يدخل فيه من يحفظ بعضه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يدخل فيه ؛ لعموم قوله .

والثاني : لا يدخل فيه ؛ لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف إلا على من يحفظ جميعه .

وإن وصى للفقهاء.. صُرف إلى الفقهاء دون الأصوليين والنحاة ، وأهل اللغة والطب . ولا يدخل فيه من يسمع الحديث ولا يعرف طُرُقَهُ^(١) ؛ لأنه لا يطلق اسم الفقيه إلا على الفقهاء .

وإن وصى إلى العلماء.. صُرف إلى كل عالم بأصول الشريعة وفروعها دون غيرهم .

فرع : [أوصى لأعقل الناس] :

وإن وصى لأعقل الناس.. قال الشافعي : (صُرف ذلك إلى أروع الناس وأزهدهم ؛ لأنَّ العقل : المنع ، وأعقل الناس : أمتهم عن المحارم) .

قال أصحابنا : وعلى هذا القياس إذا وصى لأجهل الناس وأسفلهم.. صُرف ذلك إلى من يسبب الصحابة رضي الله عنهم ، وإلى أهل الذمة ؛ لأنهم أجهل الناس لمخالفتهم الدلائل الواضحة .

فرع : [أوصى لمسجد أو سقاية] :

وإن وصى بثلثه لمسجد أو لسقاية ، أو لبناء مسجد أو بناء سقاية ، أو أوصى بأن يؤقف ذلك عليه.. قال الشيخ أبو حامد : صحَّ ذلك ؛ لأنه وصية في طاعة .

(١) طرق الحديث : هي اختلاف أسانيده ، وكثرة رواته وقتلهم ، والعدل والمجروح منهم وغير ذلك .

وإن وصّى بثلاثه لمفاداة أسارى المشركين من أيدي المسلمين :

قال ابن الصبّاغ : صحّت الوصيّة ؛ لأنّ المفاداة جائزة فصحّت^(١) الوصيّة له .

قال الشافعي : (وإن وصّى بمصحفٍ لذميّ . . فالوصيّة باطلة) .

قال أصحابنا : لهذا على أحد القولين ، إذا قلنا : لا يصحّ شراؤه له .

مسألة : [أوصى للأيتام] :

وإن أوصى للأيتام . . صُرف إلى الصغار الفقراء ممّن لا أب له ؛ لقوله ﷺ : « لا يَتِمُّ بَعْدَ الْحُلُمِ »^(٢) .

ولأنّ اليتيم في بني آدم : فقد الأب ، وفي البهائم : فقد الأمّ .

وهل يدخل فيه من كان صغيراً غنياً لا أب له ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يدخل فيه ؛ لأنّه يتيمٌ بفقد الأب .

والثاني : لا يدخل فيه ؛ لأنّ هذا الاسم لا يُطلق في العادة إلا على الفقير الصغير

الذي لا أب له .

فرع : [أوصى للأرامل] :

وإن وصّى للأرامل . . دخل فيه كلّ امرأة فقيرة لا زوج لها .

وهل يدخل فيه من لا زوج لها إذا كانت غنيّة ؟ على الوجهين في الصغير

الغنيّ .

وهل يدخل فيه من لا زوجة له من الرجال ؟ فيه وجهان :

(١) في (م) : (فجازت) .

(٢) أخرجه عن علي رضي الله عنه أبو داود (٢٨٧٣) ، وابن عدي في « الكامل » (٢٣١٦ / ٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٣٢٠ / ٧) في الوصايا .

أحدهما : لا يدخل ؛ لأنه لا يُطلقُ هذا الاسمُ في العُرفِ على الرجال^(١) .
والثاني : يدخل فيه ؛ لأنه قد يُسمَّى مَنْ لا زوجةَ له مِنَ الرجالِ أرمل^(٢) .

مسألة : [أوصى للشيخ] :

قال الشيخ أبو إسحاق : وإن وصَّى للشيخ . . أعطي مَنْ جاوزَ الأربعينَ سنةً . وإن وصَّى للفتيانِ والشبابِ . . أعطي مَنْ جاوزَ البلوغَ إلى الثلاثينَ . وإن وصَّى للغلمانِ والصبيانِ . . أعطي مَنْ لم يبلغْ ؛ لأنَّ هذه الأسماءُ لا تُطلقُ إلا على مَنْ ذكرناه .

مسألة : [أوصى للفقراء والمساكين] :

الفقراء والمساكينُ صنفانِ : فالفقيهُ أَمْسُ حاجةً مِنَ المسكينِ .
(و) الفقيرُ (هو : الذي لا شيءَ له ، أو له شيءٌ لا يقعُ موقعاً مِنْ كفايته ، مثلُ أَنْ كانَ يحتاجُ في كلِّ يومٍ إلى عشرةِ دراهمٍ ، ولا يجدُ إلا درهماً أو درهمينِ .
(و) المسكينُ (هو : الذي لا يجدُ ما يكفيه ، ويجدُ ما يقعُ موقعاً مِنْ كفايته ، بأنَّ كانَ يجدُ في كلِّ يومٍ ثمانيةَ دراهمٍ ، وهو يحتاجُ إلى عشرةِ .
فإذا أوصى بثلثه للمساكينِ . . جازَ أَنْ يُصرفَ إلى المساكينِ والفقراءِ . وإنَّ وصَّى للفقراءِ . . جازَ أَنْ يُصرفَ إلى الفقراءِ والمساكينِ ؛ لأنَّ معناه أَنَّهُ لِلْمَحْتَاجِينَ ، والفقراءُ والمساكينُ محتاجونُ .

وحكى أبو إسحاق المروزي : أَنَّ الشافعيَّ قالَ : (إذا أوصى للفقراءِ . . لم يجزُ أَنْ

(١) هذا الأصح ، وهو مفهوم العامة .

(٢) قال في « المذهب » [٤٦٢/١] : قد يسمَّى الرجلُ أرملًا ، قال الشاعر :

كلُّ الأرامِلِ قد قضيتَ حاجتهمُ فمن حاجة هذا الأرمِلِ الذكرُ
وهو عند ابن فارس في « معجم مقاييس اللغة » : هذي الأرامِلُ قد قضيتَ حاجتها .
وأرملٌ : نفَذَ زاده وافتقر ، قال الشاعر :

أحب أن اصطاد ظيماً سخبلاً رعى الربيع والشتاء أرملاً

يُدْفَعُ مِنْهُ شَيْءٌ إِلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّ الْفُقَرَاءَ أَمْسُّ حَاجَةً مِنَ الْمَسَاكِينِ (. وَالْمَشْهُورُ هُوَ الْأَوَّلُ .

وَإِنْ وَصَّى لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . . وَجَبَ أَنْ يُصَرَّفَ النِّصْفُ إِلَى الْفُقَرَاءِ ، وَالنِّصْفُ إِلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا فِي الْوَصِيَّةِ يَقْتَضِي الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا فِي الْعَطِيَّةِ .

وَيُصَرَّفُ ذَلِكَ إِلَى فَقَرَاءِ بَلَدِ الْمُوصِي وَمَسَاكِينِهِ ؛ لِأَنَّ كَلَامَ الْأَدَمِيِّ يُحْمَلُ عَلَى الْمَعْهُودِ فِي الشَّرْعِ ، فَلَمَّا كَانَتْ صَدَقَةُ الْمَالِ تَخْتَصُّ بِفُقَرَاءِ الْبَلَدِ وَمَسَاكِينِهِ ، فَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ لَهُمْ . فَإِنْ نُقِلَ عَنْهُمْ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ . . كَانَ عَلَى الْخِلَافِ فِي نَقْلِ الصَّدَقَةِ .

قَالَ الشَّافِعِيُّ : (وَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ مِنَ الثَّلَاثِ عَنْ فَقَرَاءِ بَلَدِهِ . . نُقِلَ ^(١) إِلَى أَقْرَبِ الْبُلْدَانِ إِلَيْهِ) .

وَأَقْلُ مَا يُجْزَى : أَنْ يُدْفَعَ إِلَى ثَلَاثَةِ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ ، غَيْرَ أَنَّ الْمُسْتَحَبَّ أَنْ يُعَمَّ مَنْ فِي الْبَلَدِ مِنَ الصِّنْفِ الْمُوصَى لَهُ إِنْ أَمَكْنَهُ ، كَمَا قُلْنَا فِي الزَّكَاةِ .

فِرْعٌ : [أَوْصَى لِغَيْرِ الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ مِمَّنْ يَسْتَحِقُّ الزَّكَاةَ] :

وَإِنْ وَصَّى لِلْمَوْلَفَةِ قُلُوبُهُمْ أَوْ لِلرُّقَابِ أَوْ لِلْغَارِمِينَ أَوْ لِسَبِيلِ اللَّهِ أَوْ لِابْنِ السَّبِيلِ . . صُرِفَ إِلَى مَنْ يُصَرَّفُ إِلَيْهِ الزَّكَاةُ مِنْهُمْ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِي قِسْمِ الزَّكَاةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ لِهَذِهِ الْأَسْمَاءِ عَرَفٌ فِي الشَّرْعِ ، فَحُمِلَ مَطْلُقُ كَلَامِ الْأَدَمِيِّ عَلَيْهِ .

فِرْعٌ : [أَوْصَى لِمَعِينٍ مِنَ الْفُقَرَاءِ] :

وَإِنْ أَوْصَى بِثُلَاثِهِ لَزَيْدٍ وَلِلْفُقَرَاءِ . . فَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : (هُوَ كَأَحَدِهِمْ) .
وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ :

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ بِظَاهِرِهِ ، وَأَنَّ الْمُسْتَحَبَّ أَنْ يُعَمَّ فَقَرَاءَ الْبَلَدِ ، وَيُعْطَى زَيْدًا كَأَحَدِهِمْ . وَأَقْلُ مَا يُجْزَى أَنْ يَدْفَعَ إِلَى ثَلَاثَةِ مِنَ الْفُقَرَاءِ . وَأَفَادَ مَا ذَكَرَهُ هَاهُنَا : أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْإِخْلَالُ بِهِ .

وهل يُشترط على هذا أن يكون زيد فقيراً ؟ فيه وجهان .

فمنهم من قال : يجب أن يُصرف إلى زيد نصف الثلث ، وإلى الفقراء النصف ؛ لأنه أضاف الثلث إلى زيد وإلى الفقراء ، فصار كما لو قال : هذه الدار لزيد وللفقراء .

ومنهم من قال : يجب أن يُصرف إلى زيد رُبع الثلث ، وإلى الفقراء ثلاثة أرباعه ؛ لأن أقل ما يُجزى أن يُدفع إلى ثلاثة من الفقراء ، فكأنه أوصى لأربعة فقراء .
ومن أصحابنا الخراسانيّين من قال : إن قال : أعطوا زيدا الفقير والفقراء ، أو زيدا المسكين والمساكين . . كان على الأوجه الثلاثة .

وإن قال : أعطوا زيدا والفقراء . . كان في قدر ما يُعطى زيد وجهان : أحدهما : النصف .

والثاني : الرُبع .

ومن أصحابنا الخراسانيّين من قال : تبطل الوصية لزيد ؛ لأنه جعله كأحدهم ، فإذا لم يُعلم عددهم وتعذر حصرهم . . صار ما يخضع مجهولاً ، فبطل .

فرع : [وصى لزيد بدينار] :

وإن وصّى لزيد بدينار وبثلاثة للفقراء^(١) ، وزيد فقير . . لم يُعط غير الدينار ؛ لأنه قطع اجتهاد الوصي فيه بتقدير حقه بالدينار .

وإن وصّى بثلاثة لزيد وعمرو ، فردّ عمرو وصيته ، وقبل زيد وصيته . . لم يتوفّر الثلاثة على زيد ، بل يكون لزيد نصف الثلاثة ؛ لأنه وصّى لكل واحد منهما بنصف الثلاثة ، فإذا ردّ أحدهما وصيته . . كان ذلك للورثة .

(١) في نسخة : (وبباقي ثلثه للفقراء) ، وفي (م) : (وصى لزيد بدينار ديناً في ثلاثة للفقراء) ، لكن أقدنا في تصويب العبارة من « المذهب » وهي : وإن وصّى لزيد بدينار ، وبثلثه للفقراء وزيد فقير . . لم يعط غير الدينار .

مسألة : [الوصية لقييلة] :

وإن وصّى لقييلة لا ينحصر عددهم ، كبنّي بكرٍ وبنّي تميم . . ففيه قولان :
أحدهما : تصحّ الوصيّة ، ويجوز أن يُصرف إلى ثلاثة منهم فما زاد ، كما قلنا في
الوصيّة للفقراء .

والثاني : لا تصحّ الوصيّة لهم ؛ لأنّه لا يمكن حصرهم ولا عُزفَ لِمَا يُعطى منهم
في الشرع ، بخلاف الفقراء .

وإن وصّى لزيد ولبني تميم ، فإن قلنا : إنّ الوصيّة لبني تميم تصحّ . . ففي قدر
ما يستحقّه زيد معهم الأوجه التي ذكرناها في الوصيّة لزيد وللفقراء .

ومن أصحابنا من قال : إذا قلنا : إنّهم كأحدٍ . . بطلت الوصيّة له هاهنا ؛ لأنّه
لا يُعرف عددهم الذين يُضمّ إليهم ، فلا يُعرف قدر نصيبه ، وليس بشيء ؛ لأنّه يُعلم أنّه
أوصى له بشيء في الجملة . وإن لم يُعرف . . فهو كما لو أوصى له بشيء من ماله .

وإن قلنا : لا تصحّ الوصيّة لبني تميم . . ففي قدر ما يستحقّه زيد الأوجه في الوصيّة
له وللفقراء ، وما زاد على ذلك يرجع إلى الورثة .

فرع : [الوصية بالثلث دون تعيين] :

وإن قال : أوصيت بثلث مالي ، وأطلق . . صحّ ذلك ، وصُرف إلى الفقراء
والمساكين ؛ لأنّ المعهود في الشرع أنّ الصدقات لهم ، فحمل مطلق كلام الآدمي
عليه .

مسألة : [ضع ثلثي فيما أراك الله] :

قال الشافعي في « الأُم » : (إذا قال للوصيّ : ضَعْ ثلثي فيمن يُريك الله ، أو حيث
ترى ، أو فيما يقربني إلى الله ، أو في جهة البرّ ووجهة الثواب . . صُرف ذلك إلى الفقراء
والمساكين ؛ لأنّ ذلك جهة البرّ والثواب) . ويُستحب أن يُقدّم في ذلك من لا يرث

الموصي مِنْ أَقَارِبِهِ ، وذوي رَحِمِهِ ؛ لقوله ﷺ : « صَدَقْتُكَ عَلَى ذِي رَحِمِكَ : صَدَقَّةٌ وَصَلَةٌ » .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذُو رَحِمٍ مِنَ النَّسَبِ .. فَمِنْ الرِّضَاعِ ؛ لقوله ﷺ : « يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » (١) .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ .. فإِلَى جِيرَانِ الموصي ؛ لِمَا رَوَى : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَا زَالَ جِبْرِيلُ يُوصِينِي بِالْجَارِ حَتَّى خَشِيتُ أَنَّهُ سَيُورَثُهُ » (٢) .

وَلَوْ دَفَعَهُ الوَصِيُّ إِلَى مَنْ يَرِثُ الموصي .. لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ لِلوَارِثِ لَا تَصَحُّ .

وَلَا يَجُوزُ لِلوصِيِّ أَنْ يَضَعَهُ فِي نَفْسِهِ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي الْبَيْعِ .. لَمْ يَجُزْ أَنْ يَبِيعَ مِنْ نَفْسِهِ .

مَسْأَلَةٌ : [وصي لزيد وملك] :

وَإِنْ وَصَّى لزيد ولجبريلَ بثلثِ مَالِهِ .. كَانَ لزيدِ نَصْفُ الثُّلُثِ ، وَتَبْطُلُ الوَصِيَّةُ لِجبريلَ .

وَإِنْ وَصَّى لزيد وللرياحِ بثلثِ مَالِهِ .. فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ لزيدِ نَصْفَ الثُّلُثِ ، وَتَبْطُلُ الوَصِيَّةُ فِي النِّصْفِ ، كَمَا قُلْنَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا .

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا الْبُخَارِيُّ (٢٦٤٥) فِي الشَّهَادَاتِ وَ (٥١٠٠) فِي النِّكَاحِ ، وَمُسْلِمٌ (١٤٤٧) فِي الرِّضَاعِ .

(٢) أَخْرَجَهُ عَنْ عَائِشَةَ الصَّدِيقَةِ الْبُخَارِيُّ (٦٠١٤) فِي الْأَدَبِ ، وَمُسْلِمٌ (٢٦٢٤) فِي الْبِرِّ وَالصَّلَةِ ، وَأَبُو دَاوُدَ (٥١٥١) فِي الْأَدَبِ ، وَالتِّرْمِذِيُّ (١٩٤٣) فِي الْبِرِّ وَالصَّلَةِ ، وَابْنُ مَاجَةَ (٣٦٧٣) فِي الْأَدَبِ ، وَالْخَرَّاطِيُّ فِي « مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ » (ص/٣٦) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَفِي الْبَابِ :

عَنْ ابْنِ عَمْرٍو رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ (١٩٤٤) وَقَالَ : حَسَنٌ غَرِيبٌ .

وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، وَأَنْسٍ ، وَالْمُقَدِّدِ ، وَعُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ ، وَأَبِي شَرِيحٍ ، وَأَبِي أَمَامَةَ .

والثاني : أَنَّ جميعَ الثلثِ لزيدٍ ، وذكرُ الرياحِ لَعَوُ . لهذا ترتبُ الشيخُ أبي إسحاقَ .
وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] : إذا أوصى بثلثه لزيدٍ وللملائكة ، أو للرياح . .
ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أَنَّ لزيدٍ نصفَ الثلثِ ، وتَبَطَّلُ في النصفِ الآخرِ ، كما لو أوصى بثلثه
لوارثيه ولأجنبيٍّ .

والثاني : أَنَّ جميعَ الثلثِ لزيدٍ .

والثالثُ : أَنَّ لزيدٍ منه ما يَقَعُ عليه اسمُ شيءٍ تخريجاً مِنْ نصِّ الشافعيِّ : إذا أوصى
لزيدٍ ولمَنْ لا يُحصى .

وإنَّ وصَّى بثلثه لحيٍّ ولميتٍ . . فللحيِّ نصفُ الثلثِ ، وتَبَطَّلُ الوصيةُ للميتِ .
وقالَ أبو حنيفةَ : (الثلثُ كُلُّهُ للحيِّ) .

وحكاةُ المسعوديِّ [في « الإبانة »] قولاً آخرَ لنا ، وليسَ بمشهورٍ .

وإنَّ قالَ : ثلثي لله ولزيدٍ . . ففيه وجهان :

أحدهما : أَنَّ جميعَ الثلثِ لزيدٍ ، وأسمُ اللهَ للتبرُّكِ .

والثاني : أَنَّ لزيدٍ نصفَ الثلثِ ، ونصفُهُ للفقراءِ والمساكينِ ؛ لأنَّ عامَّةَ ما يجبُ لله
يُصرفُ إلى الفقراءِ والمساكينِ ، فصارَ كما لو قالَ : ثلثي لزيدٍ وللفقراءِ .

فرعٌ : [أوصى لعقبِ زيدٍ] :

إذا أوصى لعقبِ زيدٍ ، فماتَ الموصي وزيدٌ حيٌّ ، ثمَّ ماتَ زيدٌ . . كانتِ الوصيةُ
لولدِهِ .

وإنَّ وصَّى لأولادِ زيدٍ . . صُرفَ إلى أولادِهِ الموجودينَ يومَ عقدِ الوصيةِ ، دونَ مَنْ
يولدُ بعدهُ .

وقالَ أبو حنيفةَ : (يُصرفُ إلى الموجودينَ يومَ موتِ الموصي) .

وقيلَ : إنَّه قولٌ لنا .

فرع : [الوصية لدابة فلان] :

قال في « العُدَّة » : إذا قال : أوصيتُ لدابَّةِ فلانٍ . . سئِلَ :

فإن قال : أردتُ أنَّ الدابَّةَ تَمْلِكُ ذلكَ . . لم يكن شيئاً ؛ لاستحالة أنَّها تَمْلِكُ .

وإن قال : أردتُ به أنَّها تُعَلِّفُ به . . فهل يُشترطُ قَبُولُ مالِكِها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه يُشترطُ قَبُولُهُ ؛ لأنَّ نَفَقَتَها على مالِكِها ، فهو في الحقيقة وصِيَّةٌ له ، كما لو وصَّى لعمارة دارٍ فلانٍ . . فالقَبُولُ إليه .

والثاني : أنه لا يُشترطُ قَبُولُهُ ، كما لو وصَّى بعمارة مسجدٍ أو قنطرة .

فإذا قلنا بالأوَّلِ : كان الموصي به لِمَالِكِ الدابَّةِ ، إن شاء أنفقَهُ على الدابَّةِ ، وإن شاء أمسكَهُ على نَفْسِهِ وأنفقَ عليها مِنْ حيثُ شاء .

ومن قال بالثاني ، قال : يُنفقُ الوصيُّ ذلكَ على الدابَّةِ ، فإن لم يكن وصيٌّ . . أنفقَهُ ربُّ الدابَّةِ عليها ؛ لأنَّ الموصي قصدَ ذلكَ ، ولعلَّهُ عَلِمَ أنَّ ربَّ الدابَّةِ لا يُنفقُ عليها ، وأرادَ إحياءَ نَفْسِها ، وفي ذلكَ قرْبَةٌ وطاعةٌ .

وإن مات الموصي قبل أن يبيِّنَ . . رُجِعَ إلى وَرَثَتِهِ :

فإن قالوا : أرادَ أن تُعَلِّفَ به الدابَّةُ . . صحَّتِ الوصِيَّةُ .

وإن قالوا : أرادَ تَمْلِيكَها . . حَلَفُوا على ذلكَ ، وبطلتِ الوصِيَّةُ ؛ لأنَّ الدابَّةَ لا تَمْلِكُ .

وإن قالوا : لا ندرِي ما أرادَ . . كانَ كما لو قال : أوصيتُ لها ، ولا نِيَّةَ له . . فبَطُلَ الوصِيَّةُ ؛ لأنَّ الدابَّةَ لا تَمْلِكُ .

قال أبو علي السنجي : فعلى هذا : إذا قال : وَقَفْتُ أرضي هَذِهِ على المسجدِ أو على الكعبةِ ، سئِلَ ، فإن قال : أردتُ على عِمَارَتِها . . صحَّ . وإن قال : أردتُ أن تكونَ المنافعُ ملكاً للمسجدِ أو للكعبةِ ، أو قال : لا نِيَّةَ لي . . لم يصحَّ ؛ لأنَّ المسجدَ والكعبةَ لا يَمْلِكَانِ .

وإن مات قبل أن يبيِّنَ . . رُجِعَ إلى وَرَثَتِهِ ، وإذا صحَّتِ الوصِيَّةُ للكعبةِ . . صُرِفَ إلى عِمَارَتِها .

وقال أبو حنيفة : (تُصَرَّفُ إِلَى مَسَاكِينِ مَكَّةَ) وَهُوَ وَجْهٌ لِبَعْضِ أَصْحَابِنَا
الْخُرَاسَانِيِّينَ .

مَسْأَلَةٌ : [أوصى لرجل بقسط من ماله] :

إِذَا أَوْصَى رَجُلٌ لِرَجُلٍ بِنَصِيبٍ مِنْ مَالِهِ ، أَوْ بِحِظٍّ أَوْ بِقِسْطٍ أَوْ بِجُزْءٍ أَوْ بِقَلِيلٍ أَوْ
كَثِيرٍ . . فَإِنَّ شَيْئاً مِنْ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ لَا يُقَدَّرُ بِشَيْءٍ مَمْلُوكٍ ، بَلْ أَيْ شَيْءٍ أَعْطَاهُ الْوَارِثُ
جَازٌ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حَدٌّ مَعْلُومٌ فِي اللُّغَةِ وَلَا فِي الشَّرْعِ ، وَهَذَا لَا خِلَافَ فِيهِ .

وَأَمَّا إِذَا أَوْصَى لَهُ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ : فَعِنْدَنَا لَا يُتَقَدَّرُ ذَلِكَ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ ، بَلْ أَيْ شَيْءٍ
أَعْطَاهُ الْوَارِثُ قَبْلَ مِنْهُ .

وقال أبو يوسف ومحمد : يَدْفَعُ إِلَيْهِ مِثْلُ نَصِيبِ أَقَلِّ وَرَثَتِهِ نَصِيباً ، مَا لَمْ يَكُنْ
نَصِيبُ أَقَلِّ وَرَثَتِهِ أَقَلَّ مِنَ الثَّلَاثِ ، فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنَ الثَّلَاثِ . . أُعْطِيَ الثَّلَاثُ .

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَاتَانِ :

إِحْدَاهُمَا : (أَنَّ لَهُ مِثْلَ أَحْسَنِ وَرَثَتِهِ نَصِيباً ، مَا لَمْ يَكُنْ أَقَلَّ مِنَ السُّدُسِ ، فَإِنْ كَانَ
أَقَلَّ مِنَ السُّدُسِ . . أُعْطِيَ السُّدُسُ) .

وَالثَّانِيَةُ : (أَنَّ لَهُ مِثْلَ أَحْسَنِ وَرَثَتِهِ نَصِيباً ، مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ ، فَإِنْ زَادَ عَلَى
السُّدُسِ . . كَانَ لَهُ السُّدُسُ) .

دَلِيلُنَا : أَنَّ السَّهْمَ لَا يُتَقَدَّرُ فِي اللُّغَةِ وَلَا فِي الشَّرْعِ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ .

وَلِهَذَا يُقَالُ : لَهُ فِي هَذِهِ الدَّارِ سَهْمٌ ، وَقَدْ يَكُونُ قَلِيلاً ، وَقَدْ يَكُونُ كَثِيراً ، فَهُوَ كَمَا
لَوْ أَوْصَى لَهُ بِحِظٍّ أَوْ نَصِيبٍ مِنْ مَالِهِ .

مَسْأَلَةٌ : [أوصى لرجل بمثل نصيب وريثه الوحيد] :

إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ ابْنٌ لَا غَيْرَ ، فَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ . . كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِنَصْفِ
الْمَالِ ، فَتَلْزَمُ الْوَصِيَّةُ بِالثَّلَاثِ ، وَتُوقَفُ الْوَصِيَّةُ بِالسُّدُسِ عَلَى إِجَازَةِ الْوَارِثِ . وَبِهِ قَالَ
أَبُو حَنِيفَةَ .

وقَالَ مَالِكُ : (تَكُونُ الْوَصِيَّةُ بِجَمِيعِ الْمَالِ ، فَيَلْزَمُ فِي الثُّلْثِ وَيُوقَفُ فِي الثُّلَاثِينَ عَلَى إِجَازَةِ الْوَارِثِ) .

دَلِيلُنَا : أَنَّ قَوْلَهُ : أَوْصِيْتُ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِي ، يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ : بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِي لَوْ لَمْ أُوصِرْ ، فَتَكُونُ الْوَصِيَّةُ بِجَمِيعِ الْمَالِ .

وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ : بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِي لَوْ كَانَ مَعَهُ وَارِثًا ، فَتَكُونُ الْوَصِيَّةُ بِالنَّصْفِ .
فَإِذَا أَحْتَمَلَ هَذَيْنِ . . كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِالنَّصْفِ ؛ لِأَنَّهُ يَقِينٌ ، وَلِأَنَّهُ قَدْ جَعَلَ لِابْنِهِ نَصِيبًا ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَشْرَاكَهُمَا .

وَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنَانِ ، فَقَالَ : أَوْصِيْتُ لِفُلَانٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنَيْ ، أَوْ أَحَدِ ابْنَيْ . . كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِالثُّلْثِ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ مَعَ دُخُولِ الْمُوصَى لَهُ مَعَ وَلَدَيْهِ وَوُجُوبِ حَقِّهِ فِي تَرْكِتِهِ ، فَصَارَ الْمَالُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا .

فِرْعُ : [أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنَتِهِ الْوَحِيدَةِ] :

وَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ ، فَقَالَ : أَوْصِيْتُ لِفُلَانٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنَتِي . . كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِالثُّلْثِ ^(١) ؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَ هَذَا : أَنَّهُ يَجْعَلُ الْمُوصَى لَهُ كَأَنَّهُ ابْنَةٌ لَهُ أُخْرَى ، وَلَوْ كَانَ هُنَاكَ ابْنَةٌ أُخْرَى . . لَكَانَ لَهُمَا ثَلَاثَا الْمَالِ وَلِبَيَّتِ الْمَالِ الثُّلْثُ ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا مِثْلُهُ .

فَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ خَشَى لَا غَيْرَ ، فَقَالَ : أَوْصِيْتُ لِفُلَانٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ وَلَدِي . . أُعْطِيَ الْمُوصَى لَهُ الثُّلْثُ ، وَالْخَشَى الثُّلْثَ ، وَوُفِّقَ الْبَاقِي :

فَإِنْ بَانَ الْخَشَى أَمْرًا . . فَقَدْ اسْتَوْفَى الْخَشَى حَقَّهُ وَالْمُوصَى لَهُ حَقَّهُ .

وَإِنْ بَانَ الْخَشَى رَجُلًا . . عَلِمْنَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ وَقَعَتْ فِي النَّصْفِ ، فَتُعْتَبَرُ إِجَازَةُ الْإِبْنِ فِي السِّدْسِ .

(١) فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةٍ : (قَالَ الشَّاشِي : فِيهِ وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا : لَهُ الرَّبْعُ ، وَهُوَ نِصْفُ حِصَّةِ الْبِنْتِ . وَالثَّانِي : لَهُ الثُّلْثُ وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ عَلَى الْبِنْتِ الْوَاحِدَةِ كَالْبِنْتِ الثَّانِيَةِ ، كَمَا يَكُونُ مَعَ الْإِبْنِ بِمَنْزِلَةِ ابْنِ أُخْرٍ) .

فرعٌ : [وصى بنصيب أبني] :

وإن قالَ : أوصيتُ له بنصيبِ أبني . . فقد قالَ أبو حنيفةَ : (الوصيةُ باطلةٌ) .

وقالَ مالكُ : (هو كما لو قالَ : أوصيتُ له بمثلِ نصيبِ أبني) فتكونُ الوصيةُ عندهُ

بجميعِ المالِ .

وليسَ للشافعيِّ فيها نصٌّ .

وأختلفَ أصحابنا فيها :

فقالَ الشيخُ أبو حامدٍ ، وأكثرُ أصحابنا : هو كما قالَ أبو حنيفةَ ؛ لأنه أوصى له

بنصيبِ ابنه ، ونصيبه ما استحقه بوفاءِ أبيه ، فلا تصحُ الوصيةُ به ، كما لو وصى بمالٍ

لابنه من غيرِ الميراثِ . ويفارقُ إذا أوصى له بمثلِ نصيبِ ابنه ؛ لأنه أوصى له بقدرِ

نصيبِ ابنه .

ومنهم من قالَ : هو كما لو أوصى له بمثلِ نصيبِ ابنه ، فيكونُ موصياً له

بالنصفِ ؛ لأنَّ معناه يؤوّلُ إلى معنى مثلِ نصيبِ ابنه ، كما يقالُ للزوجةِ : لها مهرٌ

مثلها ، ولا يكونُ ذلكَ لها ، وإنما يكونُ لها مثلُ مهرِ مثلها .

وإن أوصى له بمثلِ نصيبِ ابنه وليسَ له إلاَّ ابنٌ قاتِلٌ له ، أو مملوكٌ . . فالوصيةُ

باطلةٌ ؛ لأنه أوصى بمثلِ نصيبِ من لا نصيبَ له ، فهو كما لو أوصى بمثلِ نصيبِ أخيه

وله ابنٌ .

فرعٌ : [أوصى بمثلِ نصيبِ أحدِ أبنائه] :

وإن كانَ له أولادٌ ذكورٌ ونساءٌ ، فأوصى لآخرٍ بمثلِ نصيبِ أحدِ أولاده . . فإنه يدفعُ

إليه مثلُ نصيبِ بنتٍ ؛ لأنها أحدُ أولاده .

فإن كانَ له أبنانٌ وبناتٌ . . كانَ فريضتهم من خمسةٍ ، ويُرَادُ للموصي له سهمٌ

سادسٌ .

وهكذا لو قالَ : أوصيتُ له بمثلِ نصيبِ أحدِ ورثتي . . أعطِيَ الموصي له مثلُ

نصيبِ أقلِّ الورثةِ نصيباً ، من زوجةٍ أو غيره ؛ لأنه اليقينُ .

مسألة : [أوصى له بضعف نصيب أحد الورثة] :

وإن أوصى له بضعف نصيب أحد ورثته . . أعطى الموصى له مثلي نصيب أقل الورثة نصيباً .

فإن خلف بنتاً وبنت ابن وأختاً لأب وأم . . كان لابنة الابن السدس ، سهم من ستة ، فيزاد للموصى له مثلاً نصيبها - وهو سهمان - فتقسم التركة على ثمانية : للابنة ثلاثة ، وللأخت سهمان ، ولابنة الابن سهم ، وللموصى له سهمان .

وهذا قول كافة العلماء إلا أبا عبيد القاسم بن سلام فإنه قال : الضعف عبارة عن مثل الشيء مرة ؛ لقوله تعالى : ﴿ يَنْسَاءَ الَّتِي مَن يَأْتِ مِنْكَ بِفَحِشَةٍ مُّبِينَةٍ يُضَعَّفَ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ [الأحزاب : ٣٠] .

فلما ثبت بالإجماع أنه أراد بذلك حدين . . عُلِمَ أَنَّ الضَّعْفَيْنِ عبارة عن مثلي الشيء ، وَأَنَّ الضَّعْفَ عبارة عن مثل الشيء .

ودليلنا : ما روي : (أَنَّ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَضْعَفَ الصَّدَقَةِ عَلَى نَصَارَى بَنِي تَغْلِبَ - أَي : أَخَذَ مِنْهُمْ مِثْلِي مَا يَأْخُذُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ)^(١) فَعُلِمَ أَنَّ الضَّعْفَ عبارة عن الشيء ومثله .

وَأَمَّا الْآيَةُ : فظاھرُها أَنَّهُ كَانَ يَجِبُ عَلَيْهِنَّ ثَلَاثَةُ حُدُودٍ ، وَإِنَّمَا تَرِكَ ذَلِكَ بِدَلِيلٍ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ يَقْنُتْ مِنْكُنَّ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ وَتَعَمَّلْ صَالِحًا نُوفِّهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾ [الأحزاب : ٣١] فلما جعل ثوابهن مثلي ثواب غيرهن . . لَمْ يَجْزْ أَنْ يَكُونَ عَذَابُهُنَّ أَكْثَرَ مِنْ مِثْلِي عَذَابِ غَيْرِهِنَّ ؛ لِأَنَّ جَزَاءَ السَّيِّئَةِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ مِنْ جَزَاءِ الْحَسَنَةِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ أَخْبَرَ أَنَّهُ يُجَازِي بِالْحَسَنَةِ عَشْرَ أَمْثَالِهَا ، وَيُجَازِي بِالسَّيِّئَةِ مِثْلَهَا .

(١) أخرج خبر عمر عن داود بن كردوس ونعمان بن زُرعة وزياد بن جدير أبو عبيد في « الأموال » (٧٠) و(٧١) و(٧٢) في سنن الفقيه والخمس والصدقة ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢١٦/٩) في الجزية ، باب : نصارى العرب تضعف عليهم الصدقة .

وإن قال : وصيتُ له بضعفي نصيبِ أحدٍ ورثتي . . . كانَ له ثلاثة أمثالِ نصيبِ أقلِّ ورثتيه نصيباً .

وقال أبو ثور : (الضَّعْفَانِ عبارةٌ عَنْ أَرْبَعَةِ أمثالِ نصيبِ أَقْلَهُمْ) وهذا غلطٌ ؛ لأنَّ الضَّعْفَ لَمَّا كَانَ عبارةً عَنِ الشَّيْءِ ومثله . . . كَانَ الضَّعْفَانِ عبارةً عَنِ الشَّيْءِ ومثليه .

فرعٌ : [الوصية لجماعة بوصايا مختلفة] :

إذا أوصى لجماعة بوصايا مختلفة ، ثمَّ قال : أوصيتُ لفلانٍ بمثلِ ما أوصيتُ به لأحدِ الناسِ . . . أُعطيَ مثلَ أَقْلَهُمْ وصيةً ؛ لأنَّه يقينٌ ، وما زادَ فهو مشكوكٌ فيه .

مسألةٌ : [وصى لرجل بنصف ماله ولاخر بثلثه] :

إذا أوصى لرجلٍ بنصفِ ماله ، ولاخرَ بثُلثِ ماله ، فإنَّ أَجَازَ الوِثَّةِ . . . قُسِّمَتِ التَّركَةُ على سِتَّةِ أَسْهُمٍ ، للموصى له بالنصفِ ثلاثةُ أَسْهُمٍ ، وللموصى له بالثُلثِ سَهْمَانِ ، وللورثة سهمٌ .

وإنَّ لَمْ يُجْزَوْا . . . قَسَمُوا المَالَ على خَمْسَةِ عَشَرَ سَهْمًا ، للورثة عشرةٌ ولصاحبِ النصفِ ثلاثةٌ ولصاحبِ الثُلثِ سَهْمَانِ . وبه قالَ الحَسَنُ ، والنَّخَعِيُّ ، ومالكٌ ، وأَبْنُ أَبِي لَيْلَى ، وأَبُو يَوْسُفَ ، ومُحَمَّدٌ ، وأَحْمَدُ ، وإِسْحَاقُ .

وقال أبو حنيفة : (مَنْ أوصى له بِزِيَادَةٍ على الثُلثِ . . . سَقَطَتِ الزِّيَادَةُ على الثُلثِ ، وصارتْ بالثُلثِ لا غيرُ) وعلى هذا : يَكُونُ الثُلثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ .

دليلنا : أَنَّهَا وَصَايَا لَوْ كَانَتْ بِالثُلثِ فَمَا دُونَ وَقُسِّمَتْ . . . لُقِّسِمَتْ على التَّفْضِيلِ . فإذا كانتْ أَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ . . . قُسِّمَتْ على التَّفْضِيلِ ، كَالْوَصَايَا الْمُرْسَلَةِ ، وَهُوَ إِذَا وَصَّى لِرَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ، وَلَاخَرَ بِأَلْفٍ ، وَلَاخَرَ بِخَمْسِ مِئَةٍ ، وَكَانَ مَالُهُ أَلْفَيْنِ . . . فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَافَقَنَا إِذَا لَمْ يُجْزِ الوِثَّةُ أَنَّ الثُّلثَ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ على التَّفْضِيلِ .

فرعٌ : [وصى لرجل بنصف وآخر بثلث وآخر بربع] :

وإذا أوصى لرجل بنصف ماله ، وآخر بثلث ماله ، وآخر بربع ماله : فإن أجازَ الورثة الوصايا . . قُسِّمَتِ التركة على ثلاثة عشر سهماً ؛ للموصى له بالنصف : ستة أسهم ، ولصاحب الثلث : أربعة ، ولصاحب الربع : ثلاثة ؛ لأنَّ الوصايا ليست بأكَّد من الموارِيث ، ثمَّ التركة إذا ضاقت أُعِيلَتْ^(١) بالسهم الزائد ، فالوصايا بذلك أولى .

وإن لم يُجيزوا . . قُسِّمَ الثلث على ثلاثة عشر سهماً على ما مضى . وعند أبي حنيفة : (لا يضارب الموصى له بالنصف إلا بالثلث) فتقَسَّم التركة على أحد عشر سهماً ؛ للموصى له بالنصف : أربعة ، وللموصى له بالثلث : أربعة ، وللموصى له بالربع : ثلاثة . وقد مضى الدليل عليه .

وإن وصَّى لرجل بجميع ماله ، وآخر بثلث ماله : فإن أجازَ الوارث . . قُسِّمَ المال على أربعة أسهم ، للموصى له بجميع المال : ثلاثة ، وللموصى له بالثلث : سهم . وإن لم يُجَزِ الورثة . . قُسِّمَ الثلث على أربعة .

وعند أبي حنيفة روايتان عند الإجازة :

إحداهما : كقولنا ، رواها عنه محمد وأبو يوسف .

والأخرى - رواها عنه الحسن بن زياد - : (أنَّ المالَ بينهما عند الإجازة على ستة أسهم ، للموصى له بالجميع : خمسة ، وللموصى له بالثلث : سهم) .
دليلنا : أنَّ أقلَّ مالٍ له : ثلث ثلاثة ، وثلثه : سهم ، فقُسِّمَ على أربعة .

فرعٌ : [أوصى بمثل نصيب ابنه ثم لآخر بمثل نصيبه] :

فإن كان لرجل ابنٌ واحدٌ لا غيرُ ، فأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه ، ثمَّ أوصى لآخر بمثل نصيبه أيضاً :

(١) العول : زيادة السهام على أجزاء أصل المسألة وارتفاعها . والعول مصدر عال يعول فهو لازم ، يقال : عالت الفريضة : إذا ارتفعت ، مأخوذ من قولهم : عال الميزان فهو عائل : أي مال وارتفع .

فَإِنْ أَجَازَ الْإِبْنُ لَهُمَا . . قُسِّمَ الْمَالُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا .

وَأِنْ لَمْ يُعْزِزْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا . . قُسِّمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الْمُوصَى لَهُمَا نَصْفَيْنِ .

وَأِنْ أَجَازَ لِأَحَدِهِمَا لَا غَيْرُ . . أُعْطِيَ مَنْ لَمْ يُعْزِزْ لَهُ سُدُسَ الْمَالِ ، وَقُسِّمَ الْبَاقِي بَيْنَ الْإِبْنِ وَالْمُوصَى لَهُ نَصْفَيْنِ . وَيَصْخُ مِنْ أَثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا ، لِلَّذِي لَمْ يُعْزِزْ لَهُ : سَهْمَانِ ، وَلِلْإِبْنِ : خَمْسَةٌ ، وَلِلَّذِي أَجَازَ لَهُ : خَمْسَةٌ .

فَإِنْ أَجَازَ الْإِبْنُ لِلثَّانِي بَعْدَ ذَلِكَ . . ضُمَّ السَّهْمَانِ اللَّذَانِ فِي يَدِ الْمُوصَى لَهُ إِلَى الْخَمْسَةِ الَّتِي بِيَدِ الْإِبْنِ فَتَصِيرُ سَبْعَةً ، وَتُقَسَّمُ بَيْنَ الْإِبْنِ وَالَّذِي أَجَازَ لَهُ ثَانِيًا نَصْفَيْنِ . وَتَصْخُ الْمَسْأَلَةُ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعَشْرِينَ ، لِلَّذِي أَجَازَ لَهُ أَوَّلًا : عَشْرَةٌ ، وَلِلْإِبْنِ : سَبْعَةٌ ، وَلِلَّذِي أَجَازَ لَهُ آخِرًا : سَبْعَةٌ .

فَرْعٌ : [أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِأَجْنَبِيٍّ وَلِوَارِثٍ] :

إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِأَجْنَبِيٍّ وَلِوَارِثٍ لَهُ : فَإِنْ أَجَازَ بَاقِيَ الْوَرِثَةِ وَصِيَّةَ الْوَارِثِ . . قُسِّمَ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ . وَإِنْ رَدُّوا وَصِيَّةَ الْوَارِثِ . . كَانَ لِلْأَجْنَبِيِّ نِصْفُ الثُّلْثِ ؛ لِأَنَّ الْوَرِثَةَ لَمَّا أَبْطَلُوا وَصِيَّةَ الْوَارِثِ . . صَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَوْصَ إِلَّا بِالسُّدُسِ لِلْأَجْنَبِيِّ .

فَإِنْ كَانَ لَهُ أَبْنَانُ ، فَأَوْصَى لِأَحَدِهِمَا بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَلِأَجْنَبِيٍّ بِثُلْثِ مَالِهِ : فَإِنْ أَجَازَ الْإِبْنُ الْآخَرَ الْوَصِيَّتَيْنِ . . كَانَ لِلْأَجْنَبِيِّ الثُّلُثُ ، وَلِلْإِبْنِ الْمُوصَى لَهُ الثُّلُثُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَفِي الثُّلْثِ الْبَاقِي وَجْهَانِ :

الصَّحِيحُ : أَنَّهُ بَيْنَ الْإِبْنِ الْمُوصَى لَهُ وَبَيْنَ الثَّانِي نَصْفَيْنِ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ لِلْإِبْنِ الَّذِي لَمْ يَوْصَ لَهُ .

وَأِنْ رَدَّ الْإِبْنُ الْوَصِيَّةَ فِي أَحَدِ الثُّلَاثِينَ ، وَأَجَازَ الْآخَرَ . . كَانَ الثُّلُثُ الْبَاقِي بَيْنَ الْأَجْنَبِيِّ وَالْإِبْنِ الْمُوصَى لَهُ نَصْفَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَوْصَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِثُلْثِ مَالِهِ . . لَمْ تَقُلْ : إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الثُّلَاثِينَ مُوصَى بِهِ لِأَحَدِهِمَا ، بَلْ كُلُّ ثُلَاثٍ مِنَ الثُّلَاثِينَ مُوصَى بِهِ لَهُمَا . فَإِذَا لَمْ تَصْخُ الْوَصِيَّةُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ الثُّلْثِ كَانَ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ مُوصَى بِهِ لَهُمَا .

فَإِنْ رَدَّ الْابْنُ أَحَدَ الثَّلَاثِينَ وَنَصَفَ الْآخَرَ فِي حَقِّ الْابْنِ الْآخَرِ . بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ فِيهِ ، وَبَقِيَ لِلْأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ لَا غَيْرُ .

هَكَذَا ذَكَرَهَا الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ فِي « التَّعْلِيْقِ » ، وَالْمَحَامِلِيُّ فِي « الْمَجْمُوعِ » .
وَإِنْ رَدَّ الْابْنُ الْوَصِيَّةَ فِي الثَّلَاثِ الَّذِي لِلْابْنِ . فَكَمْ يَسْتَحِقُّ الْأَجْنَبِيُّ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ،
حَكَاهُمَا ابْنُ الصَّبَّاحِ :

أَحَدُهُمَا - وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ - : أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا السُّدُسَ فَقَطْ ؛ لِأَنَّ
الْابْنَ الْمُوصِيَّ لَهُ يَزَاحِمُهُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ ، فَيَكُونُ لَهُ السُّدُسُ ، وَلِلْأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ ، فَإِذَا
رَدَّ الْابْنُ وَصِيَّةَ أَخِيهِ . بَقِيَ لِلْأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ .

وَالثَّانِي - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْعَبَّاسِ ابْنِ سُرَيْجٍ ، وَلَمْ يُذَكِّرْ فِي « الْإِبَانَةِ » وَ« الْعُدَّةِ » غَيْرُهُ
- : أَنَّ لَهُ الثَّلَاثَ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : كُنْتُ أَجِدُ^(١) أَنَّ لَهُ السُّدُسَ ، ثُمَّ رَأَيْتُ ظَاهِرَ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ أَنَّ
لَهُ الثَّلَاثَ ؛ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ لَمْ يَرْضَ بِإِخْرَاجِ دُونَ الثَّلَاثِ ، فَلَا يَمْلِكُ الْوَارِثُ إِسْقَاطَ حَقِّهِ
مِنَ الثَّلَاثِ ، وَلِأَنَّ الْمَزَاحِمَةَ بِالْبَاطِلِ لَا تَمَكُنُ ، وَمَا لِلْأَجْنَبِيِّ وَحْدَهُ لَمْ يَجَاوِزِ الثَّلَاثَ ،
فَتَمَّ لَهُ ذَلِكَ .

فَإِنْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ بِثَلَاثِ مَالِهِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْ أَبْنِيهِ بِثَلَاثِ مَالِهِ ، وَأَجَازَ كُلَّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ ، وَلَمْ يُجِزَا لِلْأَجْنَبِيِّ . فَالصَّحِيحُ أَنَّ لِلْأَجْنَبِيِّ ثَلَاثَ مَالِهِ ، وَلَا مَعْنَى
لِقَوْلِهِمَا : لَا نُجِيزُ .

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ : أَنَّ الْأَجْنَبِيَّ لَيْسَ لَهُ إِلَّا ثَلَاثُ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَ كَانَ بَيْنَهُمْ أَثَلَاثًا .

وَإِنْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ بِنِصْفِ مَالِهِ ، وَلِأَحَدِ أَبْنِيهِ بِالنِّصْفِ ، فَأَجَازَ الْإِبْنَانِ الْوَصِيَّةَ
لِلْأَجْنَبِيِّ ، وَأَجَازَ الْابْنَ الَّذِي لَمْ يَوْصَ لَهُ لِأَخِيهِ . فَفِيهِ وَجْهَانِ ، حَكَاهُمَا الْقَفَّالُ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ لِلْأَجْنَبِيِّ النِّصْفَ ، وَلِلْابْنِ الْمُوصِيَّ لَهُ الثَّلَاثَ وَنِصْفَ السُّدُسِ -
وَهُمَا : خَمْسَةٌ مِّنْ أَثْنِي عَشَرَ - وَيَبْقَى لِلْابْنِ الَّذِي لَمْ يَوْصَ لَهُ نِصْفُ السُّدُسِ - وَهُوَ :

(١) فِي (م) : (أَحْكِي) .

سهمٍ من اثني عشر - لأنه لو لم يوص إلا للأجنبي.. لاستحقَّ الثلث بغير إجازةٍ منهما ، وأستحقَّ كلُّ واحدٍ من الاثنين الثلث ، فلمَّا وصَّى للأجنبي بالنصف ، وللابن بالنصف.. علمنا أنه وصَّى للأجنبي بسدسٍ لا يستحقُّه إلا بالإجازة من حقِّ الابن الموصى له وغير الموصى له ، فأستحقَّه الأجنبي بإجازتهما له ذلك . وعلمنا أنه وصَّى لابنه بسدسٍ زائدٍ على ثلثه المستحقُّ له بالإرث من حقِّ أخيه ، ولا يستحقُّه إلا بإجازة أخيه ، وقد أجازَهُ ، فإذا أجازَ للأجنبي نصفَ السدس ، ولأخيه السدس.. بقي له نصفُ السدس .

والوجه الثاني - ولم يذكر ابنُ اللَّبانٍ غيره - : أنَّ النصفَ للأجنبي ، وللابن الموصى له النصف ، ولا شيء للابن المجيز ، كما لو لم يكن له إلا ابنٌ واحدٌ وأوصى لأجنبيين ، لكلِّ واحدٍ منهما بنصفِ ماله ، وأجازَ الابنُ الوصَّيَّين .

قالَ القفَّالُ : وأصلُ هذينِ الوجهين إنما هما إذا قلنا : تجوزُ الوصِّيَّةُ للوارث.. فلاي معنى جازت ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لأنه ألحقها بالأجنبي .

والثاني : لأنه قصدَ تفضيله على سائرِ الورثة .

فإذا قلنا : لأنه ألحقه بالأجنبي.. أستحقَّ الابنُ الموصى له هاهنا النصف ، والأجنبي النصف .

وإذا قلنا : لأنه قصدَ تفضيله.. أستحقَّ هاهنا ثلثاً ونصفَ سدسٍ ، وأستحقَّ الذي لم يوص له نصفَ سدسٍ ، وقد حصلَ له التفضيلُ بالثلث .

قالَ القفَّالُ : وهكذا لو أوصى لأحدِ أبنيه بنصفِ ماله ، وأجازَ له أخوه :

فإن قلنا : لأنه ألحقه بالأجنبي.. كانَ النصفُ له بالوصِّيَّة ، والنصفُ الآخرُ بينه وبين أخيه .

وإن قلنا : لأنه قصدَ تفضيله.. فلا فائدة له في هذه الوصِّيَّة .

قالَ المسعوديُّ [في «الإبانة»] : بل يجبُ أن يُقاسمه بالنصفِ الباقي هاهنا على المعنيين ؛ لأنه لا يحصلُ التفضيلُ إلا بذلك .

وإن أوصى لأحد أبنيه بثلثي ماله ، وأجاز له الآخر :

فإن قلنا : لأنه ألحقه بالأجنبي . . استحق الثلثين بالوصية ، وقاسم أخاه بالثلث الباقي .

وإن قلنا : لأنه قصد تفضيله . . لم يُقاسم أخاه في الثلث الباقي ؛ لأن التفضيل قد حصل .

وإن كان له ابن وأبنة ، فأوصى لابنته بنصف ماله ، وأجاز الابن الوصية لها :

فإن قلنا : لأنه ألحقها بالأجنبي . . استحققت النصف بالوصية ، وقاسمت أخاها في النصف الثاني ، فيحصل لها ثلثا المال .

وإن قلنا : لأنه قصد تفضيلها . . لم تُقاسم أخاها في النصف الثاني .

قال ابن اللبان : فإن أوصى لأحد أبنيه بالنصف ، ولأجنبي بالنصف ، فأجاز الابن الذي لم يوص له الوصيتين ، ولم يُجز الابن الموصى له للأجنبي . . كان للأجنبي ثلث المال بغير إجازة ، وله نصف السدس بإجازة الابن المجيز له ، وللابن الموصى له بالنصف النصف بالوصية ، ونصف سدس من النصف الموصى به للأجنبي من حقه ، فيصير له سبعة من اثني عشر . وهذا بناء على أصله .

قال ابن اللبان : ولو أوصى للأجنبي بثلث ماله ، ولوارث بجميع ماله ، فأجاز الورثة . . فللأجنبي الثلث كاملاً ؛ لأنه أحق به ، ولوارث الموصى له الثلثان .

وإن لم يُجز الورثة ما جاوز الثلث . . فالثلث كله للأجنبي ، ولا شيء للوارث الموصى له .

قال : وإن أوصى لأجنبي بنصف ماله ، ولوارث بجميع ماله ، فأجاز الورثة . . فللأجنبي الثلث ؛ لأنه أحق به من الوارث ، ويبقى من وصيته السدس يُضرب به في الثلثين ، ويضرب الموصى له في الثلثين بنصيبه - وهو : ستة أسهم - فيقتسمان الثلثين على سبعة أسهم ؛ للوارث : ستة أسباع الثلثين ، وللأجنبي : سُبُع الثلثين . وتصح الفريضة من أحد وعشرين .

قَالَ : فَإِنْ أَوْصَى لِأَحَدِ أَبْنِيهِ بِنَصْفِ مَالِهِ ، وَلِأَجْنَبِيٍّ بِنَصْفِ مَالِهِ ، وَلِأَجْنَبِيٍّ آخَرَ بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَأَجَازَ الْإِبْنَانِ . . فَإِنَّ ثُلْثَ التَّرَكَةِ لِلْأَجْنَبِيِّينَ لَا يُضَارِبُهُمَا فِيهِ الْوَارِثُ ، وَيَبْقَى مِنْ وَصِيَّتِهِمَا النِّصْفُ ، وَلِلْإِبْنِ الْمَوْصِي لَهُ مِثْلُ مَا بَقِيَ لَهُمَا ، فَيُضَارِبُهُمَا الْإِبْنُ الْمَوْصِي لَهُ فِي ثُلْثِي التَّرَكَةِ نَصْفَيْنِ ، فَيَحْصِلُ لِلْإِبْنِ الْمَوْصِي لَهُ ثُلْثُ ، وَلِلْأَجْنَبِيِّينَ ثُلْثُ ، فَيُضَمَّانِيهِ إِلَى الثُّلْثِ الْأَوَّلِ ، فَيَحْصِلُ لَهُمَا الثُّلْثَانِ ، وَيَقْتَسِمَانِ ذَلِكَ عَلَى قَدَرِ وَصِيَّتِهِمَا - وَهِيَ : خَمْسَةُ أَصْهُمٍ - لِلْمَوْصِي لَهُ بِالنِّصْفِ : ثَلَاثَةُ أَصْهُمٍ ، وَلِلْمَوْصِي لَهُ بِالثُّلْثِ : سَهْمَانِ . وَتَصْصُحُ الْمَسْأَلَةُ مِنْ خَمْسَةِ عَشَرَ ، لِلْإِبْنِ الْمَوْصِي لَهُ : خَمْسَةُ ، وَلِلْمَوْصِي لَهُ بِالنِّصْفِ : سِتَّةٌ ، وَلِلْمَوْصِي لَهُ بِالثُّلْثِ : أَرْبَعَةٌ .

مَسْأَلَةٌ : [أَوْصَى لِفُلَانٍ بِرَقِيقٍ] :

إِذَا قَالَ : أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِرَأْسِ رَقِيقِي ، أَوْ قَالَ : أَعْطَوهُ رَأْسًا مِنْ رَقِيقِي - وَلَهُ رَقِيقٌ - أَعْطَاهُ الْوَارِثُ مَا شَاءَ مِنْهُمْ صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا ، ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى ، سَلِيمًا أَوْ مَعِيًّا ؛ لِأَنَّ أَسْمَ الرَّقِيقِ يَقَعُ عَلَيْهِ .

وَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ خُشْيٌ مُشْكَلاً ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ أَسْمَ الرَّقِيقِ يَقَعُ عَلَيْهِ .

وَالثَّانِي : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ أَسْمِ الرَّقِيقِ لَا يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ .

فَإِنْ أَرَادَ الْوَارِثُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ رَأْسًا مِنَ الرَّقِيقِ ، وَيَدْفَعَهُ إِلَيْهِ ، وَيَتَمَلَّكَ مَا خَلَفَهُ الْمَوْصِي . . لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَعَيَّنَتْ فِي رَقِيقِ الْمَوْصِي .

فَإِنْ مَاتَ رَقِيقُ الْمَوْصِي إِلَّا وَاحِدًا مِنْهُمْ . . لَزِمَ الْوَارِثُ دَفْعُهُ إِلَى الْمَوْصِي لَهُ وَإِنْ كَانَ أَنْفَسَ الرَّقِيقِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ لِلْوَصِيَّةِ .

وَإِنْ مَاتُوا كُلُّهُمْ قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْصِي أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ مِنَ الْوَارِثِ . . بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُمْ إِذَا مَاتُوا قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْصِي . . فَقَدْ جَاءَ وَقْتُ لُزُومِ الْوَصِيَّةِ وَلَا رَقِيقَ لَهُ ، وَإِذَا مَاتُوا بَعْدَ مَوْتِهِ . . فَقَدْ تَلَفُوا عَلَى الْوَارِثِ وَعَلَى الْمَوْصِي لَهُ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ مِنْ أَحَدٍ ، فَهُوَ كَالْمَالِ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ .

وإن قُتِلُوا كُلُّهُمْ : فَإِنْ كَانَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي . . بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ جَاءَ وَقْتُ لُزُومِ الْوَصِيَّةِ وَلَا رَقِيقَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي . . لَمْ تَبْطُلِ الْوَصِيَّةُ ، وَكَانَ لِلْوَارِثِ أَنْ يُعَيِّنَ لَهُ قِيَمَةً أَيُّهُمْ شَاءَ وَإِنْ كَانَ أَقْلَهُمْ قِيَمَةً ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ تَقُومُ مَقَامَهُمْ .

وإن قُتِلُوا إِلَّا وَاحِدًا مِنْهُمْ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي . . قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : لَزِمَ الْوَارِثُ تَسْلِيمُهُ إِلَى الْمُوصِي لَهُ وَإِنْ كَانَ أَفْضَلُهُمْ ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ لِلْوَصِيَّةِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ مَاتُوا إِلَّا وَاحِدًا مِنْهُمْ .

فإن قُتِلُوا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي إِلَّا وَاحِدًا مِنْهُمْ ، فَقَالَ الْوَارِثُ : أَنَا أُعْطِيهِ قِيَمَةً وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَلَا أَسْلَمُ الْبَاقِي مِنْهُمْ . . لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ إِنَّمَا أَوْصَى لَهُ بِرَأْسٍ مِنْ رَقِيقِهِ ، فَمَا دَامَ هُنَاكَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ . . فَاسْمُ الرَقِيقِ موجودٌ فِيهِ ، فَلَا يَجُوزُ الْعُدُولُ عَنْهُ إِلَى الْقِيَمَةِ .

وإن قَالَ : أَعْطُوهُ رَأْسًا مِنْ رَقِيقِي ، فَمَاتَ وَلَا رَقِيقَ لَهُ ، أَوْ قَالَ : أَعْطُوهُ عَبْدِي الْحَبْشِيِّ ، وَلَيْسَ لَهُ عَبْدٌ حَبْشِيٌّ . . لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِمَا لَا يَمْلِكُهُ .

وإن قَالَ : أَعْطُوهُ رَأْسًا مِنْ الرَقِيقِ ، أَوْ مِنْ مَالِي ، فَمَاتَ وَلَا رَقِيقَ لَهُ . . اشْتَرَى لَهُ رَأْسٌ مِنَ الرَقِيقِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُضَفْ ذَلِكَ إِلَى رَقِيقِهِ ، وَإِنَّمَا أَضَافَهُ إِلَى مَالِهِ ، وَمَا اشْتَرَى مِنْ ثُلَاثِهِ . . فَهُوَ مِنْ مَالِهِ .

مَسْأَلَةٌ : [وَصَّى بِعَتَقِ أَحَدِ رَقِيقِهِ] :

إِذَا قَالَ : أَعْتَقُوا عَنِّي أَحَدَ رَقِيقِي ، وَلَهُ رَقِيقٌ . . أَعْتَقَ عَنْهُ الْوَارِثُ مَا شَاءَ مِنْهُمْ ، وَإِنْ كَانَ أَقْلَهُمْ قِيَمَةً .

وإن قَالَ : أَعْتَقُوا عَنِّي عَبْدًا . . اشْتَرَى لَهُ مِنْ ثُلَاثِهِ عَبْدٌ وَأَعْتَقَ عَنْهُ ، صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا ، مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا . وَلَا يَجُوزُ عَتَقُ أُمَةٍ وَلَا خَنْثَى مُشْكِلٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقَعُ عَلَيْهِمَا أَسْمُ الْعَبْدِ .

وإن كَانَ هناكَ خنثىٌ مشكُلٌ زالَ إشكالُهُ ، وبأنَّ أَنَّهُ رجلٌ . . فهل يُجزىءُ عتقُهُ عَنِ الوصِيَّةِ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يجزىءُ ؛ لأنَّه عبدٌ .

والثاني : لا يُجزىءُ ؛ لأنَّه لا يدخلُ في إطلاقِ أَسْمِ العبيدِ .

وهل يُجزىءُ إطلاقُ عبدٍ معيبٍ لا يُجزىءُ في الكفَّارة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يُجزىءُ ؛ لأنَّ العِتقَ في الشرعِ لَهُ عَرَفٌ ، وهوَ : السليمُ ، فحَمِلَ مُطْلَقُ كلامِ الآدميِّ عَلَيْهِ .

والثاني : يُجزىءُ ، وهوَ المشهورُ ؛ لأنَّه يَقَعُ عَلَيْهِ أَسْمُ العبدِ ، فهوَ كالوصِيَّةِ بالعبدِ لرجلٍ .

فرعٌ : [أوصى بعبد قيمته مئة ولا مال له غيره] :

وإن كَانَ لَهُ عبدٌ قيمتهُ مئةٌ ، لا مالَ لَهُ غَيْرُهُ ، فَأَعْتَقَهُ في مرضِ موتهِ ، أو أوصى أَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ . . لَزِمَ العتقُ في ثلثِهِ ، فَإِنْ أَجَازَ الوَرثَةُ العتقَ في ثلثِهِ . . عتقَ جميعَهُ .

فإن قُلْنَا : إِنَّ إِجَازَةَ الوَرثَةِ تنفِيذٌ لِمَا فَعَلَهُ مورَثُهُم . . كَانَ وَلَاءُ جميعِ العبدِ للموروثِ .

وإن قُلْنَا : إِنَّ إِجَازَتَهُم أَبْتَدَاءُ عَطِيَّةٍ مِنْهُمْ . . كَانَ وَلَاءُ ثلثِ العبدِ للموروثِ ، وَلَآءُ ثلثِهِ للورثةِ . هَذَا قولُ عَامَّةِ أَصْحَابِنَا .

وقالَ أَبُو اللَّبَّانِ : يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ وَلَاءُ جميعِ العبدِ للموروثِ عَلَى القولينِ ؛ لأنَّا وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ أَبْتَدَاءُ عَطِيَّةٍ^(١) مِنَ الوَرثَةِ ، فَإِنَّهُمْ أَعْتَقُوهُ عَنِ المِيتِ بِإِذْنِهِ ، وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا عَنْ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ . . كَانَ وَلَاؤُهُ لِلْمَعْتَقِ عَنْهُ . فَإِنْ ظَهَرَ بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى المِيتِ مِئَةُ دِينَارٍ عَلَيْهِ . . قالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : بطلَ العتقُ في جميعِ العبدِ ؛ لأنَّ الوصِيَّةَ إِنَّمَا تُنْفَذُ في ثلثِ مَا يَفْضَلُ بَعْدَ الدِّينِ ، فَيُرْقُ العبدُ وَيَبَاعُ في الدِّينِ .

وإنَّ ظَهَرَ عَلَى الْمَيِّتِ خَمْسُونَ دِينَ . . بَطَلَ الْعَتَقُ فِي نَصْفِ الْعَبْدِ لِأَجْلِ الدَّيْنِ ، وَلَزِمَ الْعَتَقُ فِي نَصْفِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ قَدْ أَجَاذَهُ .

وإنَّ لَمْ يُجِزِ الْوَرِثَةُ الْعَتَقَ فِي ثَلَاثِهِ . . عَتَقَ ثَلَاثُهُ ، وَرُقٌّ ثَلَاثُهُ لِلْوَرِثَةِ . فَإِنْ ظَهَرَ عَلَى الْمَيِّتِ مِنَ الدَّيْنِ مِئَةٌ . . بَطَلَ الْعَتَقُ فِي ثَلَاثِهِ ، وَبَيَّعَ فِي الدَّيْنِ . وَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ خَمْسُونَ . . بَيَّعَ نَصْفُهُ فِي الدَّيْنِ ، وَعَتَقَ سُدُسُهُ ، وَرُقٌّ لِلْوَرِثَةِ ثَلَاثُهُ .

فِرْعُ : [أوصى بشراء عبد وعتقه بماله ثم وجد دين مستغرق] :

وإنَّ كَانَ لَهُ مِئَةٌ دَرَاهِمٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهَا ، فَأَوْصَى أَنْ يُشْتَرَى لَهُ عَبْدٌ بِمِئَةٍ وَيُعْتَقَ ، وَأَجَازَ الْوَرِثَةُ الْوَصِيَّةَ ، فَأَشْتَرَى الْوَصِيُّ لَهُ عَبْدًا بِمِئَةٍ وَأَعْتَقَهُ عَنْهُ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الْمَيِّتِ مِئَةٌ دِينَ ، فَإِنْ كَانَ الْوَصِيُّ قَدْ أَشْتَرَى الْعَبْدَ بَعَيْنِ الدَّرَاهِمِ . . بَطَلَ الشِّرَاءُ ؛ لِأَنَّهُ أَشْتَرَى لغيرِهِ مَا لَا يَقَعُ لَهُ فَوْقَ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَشْتَرَاهُ بِمَالٍ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغُرَمَاءِ ، وَلَمْ يَصَحَّ الْعَتَقُ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى مِلْكٍ الْبَائِعِ .

وإنَّ أَشْتَرَاهُ الْوَصِيُّ بِمِئَةٍ فِي ذِمَّتِهِ ، وَنَقَدَ الْمِئَةَ الَّتِي خَلَفَهَا الْمَوْصِي فِي ثَمَنِ الْعَبْدِ . . صَحَّ الشِّرَاءُ ؛ لِأَنَّهُ أَشْتَرَاهُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَوَقَعَ الْعَتَقُ عَنِ الْمَيِّتِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ عَنْهُ بِإِذْنِهِ ، وَيُضْمَنُ الْوَصِيُّ الْمِئَةَ الَّتِي نَقَدَهَا مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَدَهَا ، وَحَقُّ الْغُرَمَاءِ مُتَعَلِّقٌ بِهَا فَضْمَنَهَا لِلْغُرَمَاءِ .

فِرْعُ : [أوصى بعتق رقاب] :

إِذَا أَوْصَى أَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ رِقَابٌ . . أُعْتِقَ عَنْهُ ثَلَاثٌ ؛ لِأَنَّ الرِّقَابَ أَسْمُ جَمْعٍ ، وَأَقْلُ الْجَمْعِ ثَلَاثَةٌ . فَإِنْ لَمْ يَحْتَمِلِ الثَّلَاثُ عَتَقَ ثَلَاثَ رِقَابٍ ، وَاحْتَمَلَ عَتَقَ رَقَبَتَيْنِ لَا غَيْرَ ، أَوْ أَقْلَ . . أُعْتِقَ عَنْهُ مَا أَحْتَمَلَهُ الثَّلَاثُ . وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الثَّلَاثِ شَيْءٌ بَعْدَ الرَّقَبَتَيْنِ : فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ أَنْ يُشْتَرَى بِمَا بَقِيَ بَعْضَ الثَّلَاثَةِ . . زِيدَ فِي ثَمَنِ الرَّقَبَتَيْنِ . وَإِنْ أَمَكَّنْ أَنْ يُشْتَرَى بِمَا بَقِيَ بَعْضُ الثَّلَاثَةِ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

[أحدهما] : قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : يَشْتَرَى بِهِ جُزْءٌ مِنْ رَقَبَةٍ ثَالِثَةٍ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الْعَدَدِ

الْمَوْصِي بِهِ .

[والثاني] : قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ وَأَكْثَرُ أَصْحَابِنَا : بَلْ يُرَادُ ذَلِكَ فِي ثَمَنِ الرَّقَبَتَيْنِ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لِمَا رَوَى : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ أَفْضَلِ الرِّقَابِ ؟ فَقَالَ : « أَكْثَرُهَا ثَمَنًا ، وَأَنْفُسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا » ^(١) .

فَإِذَا قُلْنَا بِهَذَا : فَاشْتَرَى أَنْفَسَ رَقَبَتَيْنِ بِثَمَنِ ، وَبَقِيَ مِنَ الثَّلَاثِ بَقِيَّةٌ لَا تَبْلُغُ ثَمَنًا
الثالثة :

قَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ »] : بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ فِي الْبَقِيَّةِ ، وَرُدَّتْ إِلَى الْوَرِثَةِ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي « الْأُمِّ » : (قَالَ لِي قَائِلٌ :
الاسترخاضُ مَعَ الاستكثارِ أَحَبُّ إِلَيْكَ ، أَمْ الاستغلاءُ مَعَ الاستقلالِ ؟ قُلْتُ :
الاسترخاضُ مَعَ الاستكثارِ) .

ومعناه : أَنَّهُ إِذَا أَمَكَّنَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ خَمْسَةَ أَوْسَاطٍ بِثَمَنِ ثَلَاثَةِ جِيَادٍ . . . كَانَ الْخَمْسُ
أَوَّلَى ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً . . . أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عَظْمٍ مِنْهَا عَظْمًا مِنْ أَعْضَائِهِ
مِنَ النَّارِ حَتَّى فَرَجَهُ بِفَرْجِهِ » ^(٢) ومعلوم أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَ خَمْسَ مَرَاتٍ مِنَ النَّارِ . . . كَانَ خَيْرًا
مِمَّا دُونَهَا .

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ عَائِشَةَ الصَّدِيقَةِ مَالِكٌ فِي « الْمَوْطَأِ » (٧٧٩ / ٢ - ٧٨٠) .

وَأَخْرَجَهُ عَنْ أَبِي ذَرٍّ الْبَخَارِيُّ (٢٥١٨) فِي الْعَتَقِ ، وَمُسْلِمٌ (٨٤) فِي الْإِيمَانِ ، وَابِيهَقِي
فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » (٢٧٣ / ٦) فِي الْوَصَايَا .

(٢) أَخْرَجَهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَحْمَدُ فِي « الْمُسْنَدِ » (٤٢٠ / ٢) ، وَابِيهَقِي (٢٥١٧) فِي الْعَتَقِ
(٦٧١٥) فِي الْكُفَّارَاتِ ، وَمُسْلِمٌ (١٥٠٩) (٢٢) فِي الْعَتَقِ ، وَابِيهَقِي (١٥٤١) فِي
النَّذْرِ وَالْإِيمَانِ ، وَابْنُ الْجَارُودِ فِي « الْمُتَّقَى » (٩٦٨) ، وَابِيهَقِي فِي « السَّنَنِ
الْكُبْرَى » (٢٧٣ / ٦) (٢٧٢ / ١٠) فِي الْوَصَايَا .

قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ غَرِيبٌ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ . وَفِي الْبَابِ :
عَنْ عَائِشَةَ ، وَعَمْرٍو بْنِ عَبْسَةَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَأَبِي أَمَامَةَ ، وَعَقْبَةُ بْنُ عَامِرٍ ، وَكَعْبُ بْنُ
مَرَّةٍ .

وَعَنْ وَائِلَةَ بْنِ الْأَسْقَعِ رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٣٩٦٤) فِي الْعَتَقِ .
وَعَنْ عَمْرٍو بْنِ عَبْسَةَ رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٣٩٦٥) مَطْوَلًا ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ (٣١٤٢)
فِي الْجِهَادِ .

مسألة : [كاتب أو أوصى بالمكاتبة عند موته] :

وإن كاتب عبد له في مرض موته ، أو أوصى أن يكاتب . . اعتبرت قيمة العبد من الثلث ؛ لأن ما يأخذه منه من العوض من كسب عبده ، فهو كما لو أعتقه ، أو أوصى بعتقه بغير عوض .

إذا ثبت هذا : فإن وصى أن يكاتب عبداً . . لم تكاتب أمة ، ولا ختنى مشكلاً . وإن وصى أن تكاتب أمة . . لم يكاتب عبداً ، ولا ختنى مشكلاً . وإن أوصى أن يكاتب أحد رقيقه . . جاز أن يكاتب عبداً أو أمة من رقيقه . وهل يجوز أن يكاتب ختنى مشكلاً ؟ قال المزني : يجوز .

وقال الربيع : لا يجوز .

فمن أصحابنا من قال : الصحيح ما قاله المزني ؛ لأن الختنى يقع عليه اسم الرقيق . ومنهم من قال : الصحيح ما قاله الربيع ؛ لأن الختنى لا تدخل في إطلاق اسم الرقيق .

فإن أوصى أن يكاتب عبداً من عبيده وفيهم ختنى قد زال إشكاله ، وبأن أنه رجل . . فهل تجوز كتابته ؟ فيه وجهان ، مضى ذكرهما .

مسألة : [أوصى بشاة لرجل] :

إذا قال : أوصيت لفلان بشاة من مالي ، أو قال : أعطوا فلاناً شاة من مالي . . أعطاه الوارث شاة ، صغيرة كانت أو كبيرة ، ضائنة كانت أو ماعزة ، سليمة أو معيبة ؛ لأن اسم الشاة يقع عليها .

قال الشافعي : (ولا يعطي كبشاً ولا تيساً ؛ لأن اسم الشاة إنما يُعرف للإناث دون الذكور) .

ومن أصحابنا من قال : يجوز ؛ لأن هذا الاسم للجنس يقع على الذكر

والأنثى^(١) ، كالإنسان يقع على الرجل والمرأة .

قال الشافعي : (ولا يُعطى ظيباً ؛ لأنه وإن وقع عليه اسم الشاة إلا أن الإطلاق لا ينصرف إليه) .

إذا ثبت هذا : فإن كان للموصي غنم . . فإن الوصية لا تنصرف إلى غنمه ، بل الوارث بالخيار : بين أن يعطي من غنمه ، وبين أن يشتري له شاة ؛ لأنه اعتبر خروجها من ماله ، وإذا اشتري له من ثلثه . . فقد أخرجها من ماله .

وإن قال : أعطوه شاة من غنمي ، وله غنم . . أعطي واحدة منها ، وليس للوارث أن يمتنع عن دفع واحدة منها ويشتري له ؛ لأنه أضاف ذلك إلى غنمه . فإن كانت غنمه كلها إناثاً ، أو كلها ذكوراً . . أعطاه واحدة منها . وإن كانت ذكوراً وإناثاً . . فعلى قول الشافعي لا يعطي إلا أنثى ، وعلى قول من خالفه من أصحابنا يجوز أن يعطي ذكراً منها .

وإن لم يكن له غنم ، أو كانت فماتت قبل موت الموصي ، أو بعد موته ، من غير تفريط من الورثة . . بطلت الوصية ، كما قلنا في الرقيق .

وإن قال : أوصيت له بشاة من شياهي^(٢) وله ظباء مملوكة . . أعطاه الوارث واحداً منها ؛ لأنه لا شياه إلا الظباء ، وهي مما يقع عليها اسم الشاة .

فرع : [أوصى بذكر فلا يعطي أنثى ولا عكسه] :

وإن وصى له بجمل . . لم يعط ناقة . وإن وصى له بثور . . لم يعط بقرة . وإن وصى له بناق أو بقرة . . لم يعط جملاً ولا ثوراً . وإن وصى له ببعير . . فالمنصوص : (أنه يعطي جملاً ولا يعطي ناقة ؛ لأن البعير إنما ينصرف إلى الذكر دون الأنثى) .

ومن أصحابنا من قال : يجوز أن يدفع إليه ناقة ؛ لأن البعير يقع على الذكر

(١) كما يقال : في كل أربعين شاة شاة .

(٢) الشياه : جمع شاة كالشاء ، وتصغر على شوبهة . قال في « الصحاح » : تقول ثلاث شياه إلى العشرة ، فإذا جاوزت العشر . . فبالتاء ، فإذا كثرت . . قيل : هذه شاء كثيرة . وجمع الشاء : شوي .

والأنثى ، كالإنسان يقع على الرجل والمرأة . ولهذا يقول الإنسان : حَلَبْتُ بَعِيرِي ، وشربت لبنَ بعيري .

وإن قال : أوصيتُ له بعشرة من الإبل ، أو بعشر من الإبل . فللورثة أن يعطوه ما شاؤوا من نوقٍ أو جمالٍ ؛ لأنَّ المَزْنِيَّ نقلَ : (بعشرة) بثبوت الهاء ، ونقلَ الربيعُ : (بعشر من الإبل) بغير هاء ؛ لأنَّ للوارث أن يعطيه ما شاء وإن كان ثبوت الهاء في عددِ العشر وما دونها يدلُّ على التذكير ، وسقوطها يدلُّ على التأنيث^(١) . إلا أنَّ الشافعيَّ لم يعتبر فَرَقَ العربية مع ذكر الجنس - وهو : الإبل - لأنَّ أَسْمَ الجنس يقع على الذكور والإناث ، وكذلك أَسْمُ البقر يقع على الذكور والإناث ، وإنما يتخصَّصُ البقر إذا كانت فيها هاءٌ بواحدة أنثى .

وإن قال : أعطوه عشرَ أُنثى ، أو عشرَ بقراتٍ . . لم يُعطَ ذَكَراً . وإن قال : أعطوه رأساً من الغنم ، أو رأساً من الإبل ، أو رأساً من البقر . . جازَ أن يدفعَ إليه الوارثُ ما شاء من ذكرٍ أو أنثى ؛ لأنَّ ذلك يعمُّ الجنس .

مسألة : [أوصى بدابَّة] :

قال الشافعيُّ : (وإن قال : أعطوه دابَّةً من مالي . . فمن الخيلِ أو البغالِ أو الحميرِ) .

وآختلف أصحابنا في ذلك : فقال أبو العباس : إنما قال الشافعيُّ هذا على عادة أهل مصر ؛ لأنَّهم يطلقونَ أَسْمَ الدابَّةِ على الأجناسِ الثلاثة . فأما أهل العراق وغيرهم : فلا يطلقونَ أَسْمَ الدابَّةِ إلَّا على الخيلِ .

فعلى هذا : إن كان الموصي به مصر . . أعطيَ الموصي له واحداً من الأجناسِ الثلاثة . وإن كان بغيرها من البلاد . . لم يُعطَ إلَّا من الخيلِ .

وقال أبو إسحاق ، وأبو عليُّ بنُ أبي هريرة : بل يُعطى الموصي له واحداً من الثلاثة في جميع البلاد ؛ لأنَّ أَسْمَ الدابَّةِ ينصرفُ إطلاقه إلى جميع هذه الأجناسِ ، ولأنَّ

(١) لأن العدد من الثلاث إلى العشر يخالف معدوده .

ما ثبت له عُرفٌ في بلدٍ . . ثبتَ له ذلكَ العُرفُ في جميعِ البلادِ^(١) ، ولا خلافَ أنَّه لا يُحمَلُ على غيرِ هذهِ الأجناسِ الثلاثةِ مِنَ الغنمِ والإبلِ والبقرِ وإنْ كانَ الدابَّةُ أسماً لكلِّ ما دبَّ على الأرضِ حقيقةً ، بل يُصرفُ إلى ما يتعارفُهُ الناسُ فقط .

وإنْ قالَ : أعطوه دابَّةً مِنْ دوابِّي ، وله الأجناسُ الثلاثةُ ، أو كانَ عندهُ جنسانِ وأحدهما مِنَ الخيلِ :

فعلى قولِ أبي إسحاقَ : يُعطيهُ الوارثُ ما شاء ، وعلى قولِ أبي العباسِ : إنْ كانَ الموصي بـ مصر . . أعطاهُ الوارثُ ممَّا شاءَ مِنَ الثلاثةِ ، وإنْ كانَ بغيرِها . . لمْ يُعطَ إلاَّ مِنَ الخيلِ .

وإنْ لمْ يكنْ عندهُ إلاَّ واحدٌ مِنَ الأجناسِ الثلاثةِ . . أعطاهُ الوارثُ ممَّا عندهُ واحداً ؛ لأنَّه أضافهُ إلى دوابِّه ، وليسَ عندهُ إلاَّ ذلكَ .

قالَ أبو إسحاقَ : وإنَّما نُخَيِّرُ الوارثَ بينَ الثلاثةِ الأجناسِ إذا لمْ يكنْ في كلامِ الموصي ما يدلُّ أنَّه أرادَ أحدَ الأجناسِ . فأما إذا قالَ : دابَّةً ليقَاتِلَ عليها ، أو ليتنفعَ بدرِّها وظهرِها . . لمْ يُعطَ إلاَّ الخيلَ . وإنْ قالَ ليتنفعَ بظهرِها ونسلِها . . لمْ يُعطَ إلاَّ الخيلَ والحميرَ ، دونَ البغالِ .

قالَ في « المهدَّبِ » : وإنْ قالَ : ليحمَلَ عليها . . أُعطيَ بغلاً أو حماراً ، ولا يُعطى فرساً .

فرعٌ : [أوصى له بدابةٍ وعندهُ غنمٌ وبقرٌ وإبلٌ] :

وإنْ قالَ : أعطوه دابَّةً مِنْ دوابِّي ، وليسَ عندهُ أحدُ الأجناسِ الثلاثةِ - الخيلِ والبغالِ والحميرِ - وإنَّما عندهُ الغنمُ والإبلُ والبقرُ . . فلا أعلمُ نصّاً فيها ، والذي يَقْتَضِيهِ القياسُ : أنَّ الوارثَ يُعطيهُ واحداً منها ؛ لأنَّه يقعُ عليها اسمُ الدابَّةِ ، وقد أضافَ الوصيةَ إلى دوابِّه ، وليسَ دوابُّه إلاَّ ذلكَ ، كما قالَ أصحابنا إذا قالَ : أعطوه شاةً مِنْ شياهي ، وليسَ عندهُ إلاَّ الظباءُ . . أعطاهُ الوارثُ واحداً منها ، فكذلكَ هذا مثلهُ .

(١) ولا مانع من اعتبار كلِّ بلدٍ على عرفها ، وقرره بعضهم وهو المختار ، والله أعلم .

مسألة : [أوصى له بكلب] :

إذا قال : أعطوه كلباً من مالي ، أو وصّى له بكلبٍ ، ولا كلاب له . . لم تصحّ الوصية ؛ لأنه لا يصح أن يشتري له كلباً .

وإن قال أعطوه كلباً من كلابي ، وله كلاب . . نظرت : فإن كانت كلاباً لا ينتفع بها بصيد ولا حرث ولا ماشية ، بل هي كلاب الهراش^(١) . . فالوصية باطلة ؛ لأنه لا ينتفع بها ، ولا تُقرّ اليد عليها . وإن كانت كلاباً ينتفع بها بشيء مما ذكرناه . . صحّت الوصية ، وأعطاه الوارث ما شاء منها إلا أن يُقرن الموصي به بصيد ، أو حرث ، أو ماشية ، وهو عنده . . أعطي ذلك دون غيره .

قال الشيخ أبو حامد : وإن قال : أوصيت له بكلب من مالي ، وله كلاب ينتفع بها . . صحّت الوصية ؛ لأنّ الكلاب وإن لم تكن مالا فإنّ قوله من مالي يُحمّل على المجاز ، ومعناه : ممالي ، وفي يدي .

فرع : [أوصى له بأحد كلابه] :

وإن كان له ثلاثة أكلب ينتفع بها ، فوصّى بها لرجلٍ ، ولا مال له ، ولم يُجزِ الورثة . . ففيه أربعة أوجه :

أحدها : يأخذ الموصي له من كل كلب ثلثه ، كسائر الأعيان .

والثاني : يُعطيه الوارث واحداً منها بالقرعة ؛ لأنه ليس بعضها بأولى من البعض .

والثالث : يُعطيه الوارث واحداً منها باختياره .

والرابع : تُقدّر لو كانت متقومة كم كانت قيمة كل واحد منها ؛ لأنه لما لم يمكن تقويمها بأنفسها . . اعتبرت بما يُتقوّم .

(١) الهراش والتهريش : كالتهريش بين الناس ، وفي الأثر : (يتهاشون تهاش الكلاب) ، أي : يتقاتلون ويتواثبون .

وإن كان له مالٌ - وإن قلَّ - فوصى بالكلبِ الثلاثة لرجلٍ ، أو كان له كلبٌ واحدٌ ومالٌ ، فوصى بالكلبِ لرجلٍ . ففيه وجهان :

أحدهما : ليس للموصى له إلا ثلث ما أوصى له به من الكلابِ أو الكلبِ ؛ لأنه لا يحصل للموصى له شيءٌ إلا ويحصل للورثة مثله ، والكلاب لا يمكن اعتبارها من المال ؛ لأنه لا قيمة لها ، فأعتبرت بأنفسها .

والثاني : أنَّ الكلابِ أو الكلبِ للموصى له ؛ لأنَّ أقلَّ جزءٍ من المالِ خيرٌ من كلبٍ .

وإن وصى لرجلٍ بكلبٍ له ، ولا مالَ للموصي ، ولم يُجزِ الورثة . . أعطى الموصى له ثلث الكلب ، وللورثة ثلثاه ، كغيره من الأعيان .

مسألة : [أوصى بطلٍ] :

وإن قال : أعطوه طبلًا من طبولي : فإن كان له طبلُ الحرب . . صحَّتِ الوصية ؛ لأنَّ استعماله مباحٌ ، وهو آلةٌ للحرب فهو كالسلاح .

قال الشافعي : (فإن كان لا يسمَّى طبلًا إلا بجلدٍ . . ألزم الوارث أن يُسلمه بجلده ، وإن كان يسمَّى طبلًا بلا جلدٍ . . كان للوارث أن يُعطيه إياه بلا جلدٍ) .

وإن لم يكن له إلا طبلُ اللّهُو - قال الشيخ أبو حامد : مثل طبولِ المخنثين - فإن كان يصلح لمنفعة مباحة وهي على تلك الهيئة من غير نقص . . صحَّتِ الوصية بها ؛ لأنه يمكن الانتفاع بها . وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة إلا بعد تفصيلها وخرجها عن كونها طبولاً . . لم تصحَّ الوصية بها ؛ لأنها حال ما تسمَّى طبولاً . . لا تصلح لمنفعة مباحة ، وحال ما تصلح لمنفعة مباحة . . لا يقع عليها اسمُ الطبولِ .

وإن كان له طبلُ الحرب ، وطبلُ اللّهُو : فإن كان طبلُ اللّهُو لا يصلح لمنفعة مباحة . . أعطاه الوارث طبلُ الحرب ، وإن كان طبلُ اللّهُو يصلح لمنفعة مباحة مع كونه يُسمَّى طبلًا . . أعطاه الوارث ما شاء منهما . لهذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودي [في «الإبانة» ق/٤١٤] : الطبولُ ثلاثة ، طبلُ الحرب ، وطبلُ

اللَّهُوِ وطبلُ العطر : وهو سَفَطٌ^(١) مِنْ خَيْرِ زَانٍ يَضَعُ فِيهِ الْعَطَارُ الْعَطِرَ .

فَإِنْ كَانَ فِي مِلْكِهِ طَبْلُ الْحَرْبِ وَطَبْلُ الْعَطْرِ . . أَعْطَاهُ الْوَارِثُ مَا شَاءَ مِنْهُمَا . وَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ الطَّبُولُ الثَّلَاثَةُ ، وَكَانَ طَبْلُ اللَّهِوِ يَصْلُحُ لِمَنْفَعَةٍ مَبَاحَةٍ مَعَ كَوْنِهِ يُسَمَّى طَبْلًا . . أَعْطَاهُ الْوَارِثُ أَيَّ الطَّبُولِ الثَّلَاثَةِ شَاءَ .

وَإِنْ قَالَ : أَعْطُوهُ طَبْلًا مِنْ مَالِي . . اشْتَرَوْا لَهُ طَبْلًا تَصْنَعُ الْوَصِيَّةُ بِهِ عَلَيَّ مَا ذَكَرْنَاهُ .

فِرْعُ : [الوصية بدف] :

وَإِنْ قَالَ : أَوْصِيْتُ لَهُ بَدَفٍ مِنْ دُفُوفِي وَلَهُ دُفُوفٌ ، أَوْ بَدَفٍ مِنْ مَالِي . . صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ ضَرْبَ الدَّفِّ فِي النِّكَاحِ وَالْخِتَانِ جَائِزٌ ؛ لَمَّا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَغْلِنُوا النِّكَاحَ وَأَضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالْدُّفُوفِ »^(٢) .

مَسْأَلَةٌ : [أوصى له بعود] :

وَإِنْ وَصَّى لَهُ بَعُودٍ مِنْ عِيدَانِهِ : فَاسْمُ الْعُودِ يَقَعُ عَلَى عُودِ اللَّهِوِ الَّذِي يَضْرِبُ بِهِ ، وَعَلَى الْعُودِ الَّذِي يَصْلُحُ لِلْقُوسِ ، وَعَلَى الْعُودِ الَّذِي يَصْلُحُ لِلْبِنَاءِ - وَهِيَ : الْأَخْشَابُ - فَإِنْ كَانَتْ عِنْدَهُ هَذِهِ الْعِيدَانُ الثَّلَاثَةُ . . نَظَرَتْ : فَإِنْ كَانَ عُودُ اللَّهِوِ يَصْلُحُ لِمَنْفَعَةٍ مَبَاحَةٍ وَهُوَ عَلَى هَيْئَتِهِ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الْعُودِ . . أَنْصَرَفَتِ الْوَصِيَّةُ إِلَى عُودِ اللَّهِوِ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ اسْمِ الْعُودِ إِلَيْهِ أَسْبَقَ . وَلِلْوَارِثِ أَنْ يُعْطِيَهُ عُودَ اللَّهِوِ بِلا مِضْرَابٍ^(٣) ، وَلَا وَتَرٍ ، وَلَا مَلَاوٍ^(٤) ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا تَصْلُحُ عَلَى الْعُودِ إِلَّا لِلَّهُوِ ، وَلَأنَّهُ يُسَمَّى عُودًا وَإِنْ أَمْسِكَتْ عَنْهُ . هَذَا نَقْلُ الْبَغْدَادِيِّينَ .

(١) السَفَطُ : وعاء يوضع فيه الطيب والأدوية ونحوها .

(٢) أخرجه عن عائشة الترمذي (١٠٨٩) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٩٠/٧) في النِّكَاحِ . قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب ، وفيه عيسى بن ميمون الأنصاري يضعف في الحديث .

(٣) المِضْرَابُ : آلة يضرب بها الوتر عند ندف القطن وغيره .

(٤) المِلاوي - في الموسيقى - : قطع من الخشب لربط الوتر ، الواحد مِلْوَى .

وقال المسعودي [في «الإبانة» ق/٤١٥] : يُعطيهِ الوارثُ أيَّ العيدين شاء .

فإن كان عودُ اللّهُو لا يصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ مع كونه يسمّى عوداً . لم تصحَّ الوصيةُ به ؛ لأنه لا يصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ .

قال الشيخ أبو حامد : ويعطيهِ الوارثُ ما شاء من عودِ القوس ، أو عودِ البناءِ وجهاً واحداً ؛ لأنَّ الوصيةَ تملكُ ، فإذا لم تصحَّ بما يُطلقُ الاسمُ عليه . أنصرفَ الإطلاقُ إلى ما يصحُّ أن يملكُ ، كما قلنا في الطُّبَل .

وذكرَ في «المهذب» فيها وجهين :

أحدهما : هذا ، والثاني : أنَّ الوصيةَ باطلةٌ ، وهو المذهبُ ؛ لأنَّ العودَ لا يُطلقُ إلا على عودِ اللّهُو . فإذا كان لا يصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ . كان وصيةً بمحرّمٍ ، بخلافِ الطُّبَلِ فإنَّه يقعُ على طبلِ الحربِ وطبلِ اللّهُو .

قال في «المهذب» : وإن وصّى له بعودٍ من عيدينِ وليسَ عندهُ إلا عودُ القوسِ ، وعودُ البناءِ . . أعطيَ منها ؛ لأنه أضافهُ إلى ما عندهُ ، وليسَ عندهُ سواه . قال^(١) : وهذا يدلُّ على صحّةِ ما ذكرهُ الشيخُ أبو حامدٍ في التي قبلها .

فرعٌ : [الوصية بمزمار] :

وإن قال : أوصيتُ لفلانٍ بمزمارٍ من مزاميري : فإن كان المزمارُ يصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ على هيئته . . صحّتِ الوصيةُ به .

قال الشافعي : (ويدفعُ إليه الوارثُ المزمارَ دونَ المَجْمَعِ) الذي يُتركُ في الفمِ عندَ الرَّمْرِ ؛ لأنَّ المَجْمَعُ لا يصلحُ إلا للّهُو ، ولأنَّه يسمّى مزماراً وإن لم يكن فيه مَجْمَعٌ .

وإن كان المزمارُ لا يصلحُ لمنفعةٍ مباحةٍ على هيئته ، وإذا صلح^(٢) لمنفعةٍ مباحةٍ لم يقعَ عليه اسمُ المزمارِ . لم تصحَّ الوصيةُ ؛ لأنها وصيةٌ بمحرّمٍ .

(١) في (م) : (قلت) .

(٢) في (م) : (فضل) .

مسألة : [أوصى بقوس من قسيه] :

وإن وصى له بقوس من قسيه : فالقسي خمسة أجناس :

القسي العربية : التي يرمى عنها بالنبل .

والقسي العجمية : التي يرمى عنها الشّاب .

وقسي الحُسنان^(١) : قال الشيخ أبو حامد : وهي خشبة فيها حُفيرةٌ طويلاً ، أو قصبَةٌ

يوضع فيها سهمٌ ، ثم يُرمى بالسهم عنها .

وقوس الجُلاهق : وهي قسي يُرمى عنها الطيرُ ببنادق الطين .

وقوس النّدف .

فإذا أوصى له بقوس من قسيه وعنده هذه الأجناس الخمسة . . أعطاه الوارث ما شاء

من الأجناس الثلاثة الأولى دون قوس الجُلاهق والنّدف ؛ لأنَّ أَسَمَ القوسِ إليها أسبقُ ، ولا يُعطيه إلا قوساً قد نُحِتَتْ ؛ لأنها لا تصلحُ للرمي إلا بعد النحت .

وهل يلزم الوارث أن يعطيه معها الوتر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه ؛ لأنَّ أَسَمَ القوسِ يقعُ عليها من غير وترٍ ، وإنما الوترُ للتمكّن

من الانتفاع ، فلم يجب دفعه ، كسرج الدابة .

والثاني : يلزمه ؛ لأنَّ القوسَ يراهُ للرمي ، ولا يمكنُ الرمي عنه^(٢) إلا بالوتر .

وإن قال : أعطوه قوساً ليندف بها القطن ، أو الصوف . . لم يُعطَ إلا قوسَ الندف .

وإن قال : ليرمي بها الطير . . لم يُعطَ إلا قوسَ الجُلاهق ؛ لأنَّ القرينة تدلُّ عليه .

وإن قال : أعطوه قوساً من قسي ، وليس عنده إلا قوسُ النّدف والجُلاهق . .

فأختلف الشيخان فيه :

(١) الحُسنان : سهام قصار فارسية ، الواحدة حُسنانة وفي المثل للاتفاق : (رموهم عن قوس واحدة) .

(٢) في (م) : (عليه) .

فَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ : يُعْطَى قَوْسَ الْجُلَاهِقِ ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ إِلَيْهِ أَسْبَقُ .
وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : يُعْطِيهِ الْوَارِثُ مَا شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَهُ إِلَى مَا عِنْدَهُ ،
وَلَيْسَ إِحْدَاهُمَا بِأَوْلَى مِنَ الْأُخْرَى .

مَسْأَلَةٌ : [إبراء المكاتب في مرض مخوف] :

وَإِذَا أBRَأَ مُكَاتَبُهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَخُوفٍ : فَإِنْ بَرِيَءَ مِنْ
مَرَضِهِ . . . عَتَقَ الْمَكَاتِبُ . وَإِنْ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ . . . أَعْتَبَرَ مِنَ الثُّلْثِ .

فَإِنْ كَانَ مَالُ الْكِتَابَةِ وَقِيمَةُ الْعَبْدِ يَخْرُجُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الثُّلْثِ . . . عَتَقَ . وَإِنْ
خَرَجَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ . . . أَعْتَبَرَ الْأَقْلُ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . فَأَيُّهُمَا خَرَجَ مِنَ
الثُّلْثِ . . . عَتَقَ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ قِيمَةُ الْعَبْدِ مِئَةً وَمَالُ الْكِتَابَةِ مِئَةً وَخَمْسِينَ وَالثُّلْثُ مِئَةً ،
فَتُعْتَبَرُ الْقِيمَةُ هَاهُنَا .

وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ مِئَةً وَخَمْسِينَ ، وَمَالُ الْكِتَابَةِ مِئَةً ، وَالثُّلْثُ مِئَةً . . . أَعْتَبَرَ مَالُ الْكِتَابَةِ
هَاهُنَا .

وَإِنَّمَا أَعْتَبَرْنَا الْأَقْلَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْقِيمَةَ إِنْ كَانَتْ هِيَ الْأَقْلَ . . . أَعْتَبَرْتُ ؛ لِأَنَّهَا قِيمَةُ
مَنْ أَعْتَقَهُ ؛ لِأَنَّ مَالِ الْكِتَابَةِ مَا اسْتَقَرَّ مِلْكُهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ لِلْمَكَاتِبِ أَنْ يُسْقِطَهُ بِتَعْجِيزِ
نَفْسِهِ .

وَإِنْ كَانَ مَالُ الْكِتَابَةِ هُوَ الْأَقْلُ . . . أَعْتَبَرَ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَازِمَةٌ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ وَلَا
يَسْتَحِقُّ عَلَى الْعَبْدِ غَيْرُهُ .

وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ أَقْلُهُمَا ، وَإِنَّمَا أَحْتَمَلَ الثُّلْثُ النِّصْفَ مِنْ أَقْلِهِمَا ، مِثْلُ أَنْ
يَكُونَ الثُّلْثُ خَمْسِينَ وَقِيمَةُ الْعَبْدِ أَوْ مَالُ الْكِتَابَةِ مِئَةً . . . عَتَقَ نِصْفَهُ ، وَكَانَ نِصْفُهُ بَاقِيًا
عَلَى الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ أَذَى نِصْفَ مَالِ الْكِتَابَةِ . . . عَتَقَ بَاقِيَهُ . وَإِنْ عَجَزَ . . . رُقَّ نِصْفُهُ
لِلْوَرِثَةِ .

فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ لَوْ أَبْرَأَهُ السَّيِّدُ فِي صِحَّتِهِ عَنْ نِصْفِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ أَذَى نِصْفَ مَالِ
كِتَابَتِهِ . . . لَمْ يَعْتَقْ شَيْءٌ مِنْهُ ، فَلِمَ أَعْتَقْتُمْ نِصْفَهُ هَاهُنَا ، وَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنَ الْكِتَابَةِ ؟

قلنا : الفرق بينهما أنَّ هناك لَمْ تحصل الصفة التي علّق عليها العتق - وهو : أداء المال - وهأنا قد حكمنا ببراءته من الذي خرج من الثلث . وإنّما ردّدنا العتق في بعضه لحقّ الورثة .

وإنّ لَمْ يخرج شيءٌ منهما من الثلث ، بأن كان على السيّد دينٌ يستغرق ماله . . لَمْ يعتق شيءٌ منه ، وأخذ المكاتب بأداء ما عليه ، فإنّ أدّاه . . عتق ، وتعلّق حقّ الغرماء بما أدّاه . وإنّ عجز . . رُقّ وبيع بحقّ الغرماء .

وإنّ لَمْ يكن له مالٌ غير العبد ، ولا دينٌ عليه ، ولم يُجزِ الورثة : فإنّ كان قد حلّ عليه مالٌ الكتابة . . عتق ثلثه في الحال ، فإنّ أدّى ما بقي عليه من مالٍ الكتابة . . عتق ثلثاه ، وإنّ عجز . . رُقّ ثلثاه للورثة .

وإنّ لَمْ يحلّ عليه مالٌ الكتابة . . ففيه وجهان : أحدهما : أنّه لا يتعجّل عتق شيءٍ منه ؛ لأنّه لا يتنجّز للموصى له شيءٌ إلّا ويحصل للورثة مثلاًه .

والثاني - وهو المنصوص عليه - : (أنّه يُعتق ثلثه في الحال) لأنّ حقّ الورثة في مثلي ثلثه مُتيقّن ، إمّا بالأداء أو بالعجز .

وإنّ أوصى بعتقه ، أو بالإبراء ممّا عليه . . فحكمه حكم ما لو أعتقه في مرض موته ، أو أبرأه ممّا عليه إلّا أنّ في هذه يوقّف العتق على إعتاق الوصي^(١) أو إبرائه ، وفي التي قبلها لا يحتاج إلى عتق ، ولا إلى إبراء من الوصي .

مسألة : [الوصية بحطّ أكثر مال الكتابة] :

إذا قال : ضعوا عن مكاتي أكثر ما عليه من مالٍ الكتابة . . وُضع عنه نصف ما عليه وزيادة على النصف . وتقدير الزيادة إلى اختيارهم ؛ لأنّ ذلك أكثر ما عليه .

(١) في (م) : (الموصي) في الموضعين .

وإن قال : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ وَنِصْفَهُ . . وَضَعَ عَنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ مَا عَلَيْهِ وَزِيَادَةً ، وَتَقْدِيرُ الزِّيَادَةِ إِلَيْهِمْ .

وإن قال : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ وَمِثْلَهُ . . فَقَدْ وَصَّى لَهُ بِأَكْثَرِ مِمَّا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : (أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ) يَقْتَضِي النِّصْفَ وَزِيَادَةً .

وقوله : (مِثْلَهُ) يَقْتَضِي نِصْفًا آخَرَ وَزِيَادَةً ، فَيُوضَعُ عَنْهُ جَمِيعُ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَتَسْقُطُ الْوَصِيَّةُ بِالزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهَا مَحَلٌّ .

فَرَعٌ : [أَوْصَى بِأَنْ يُوْضَعَ عَنْهُ شَيْءٌ مَا] :

روى المزنئي : (لو قال : ضَعُوا عَنْهُ مَا شَاءَ ، فَشَاءَ هَا كُلُّهَا . . لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا أَنْ يُبْقِيَ شَيْئًا) .

وروى الربيع : (إذا قال : ضَعُوا عَنْهُ مَا شَاءَ مِنَ الْكِتَابَةِ . . لَمْ يَجُزْ أَنْ يُوضَعَ عَنْهُ الْكُلُّ حَتَّى يُبْقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ) .

وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهَا :

فقال أبو علي بن أبي هريرة : الصحيح ما نقله الربيع ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : (مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ) يَقْتَضِي الْبَعْضَ ، فَلَا بَدَّ أَنْ يَبْقَى شَيْءٌ . والذي نقله المزنئي غلط ، بل يجوز أَنْ يُوْضَعَ عَنْهُ جَمِيعُ مَالِ الْكِتَابَةِ إِذَا شَاءَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : (مَا شَاءَ) الْكُلُّ دَاخِلٌ فِيهِ .

وقال أبو إسحاق والقاضي أبو الطيب : ما نقله الربيع صحيح ، وما نقله المزنئي أيضاً صحيح ، وَلَا بَدَّ أَنْ يَبْقَى شَيْءٌ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : (مَا شَاءَ) يَقْتَضِي الْبَعْضَ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَرَادَ الْجَمِيعَ . . لَقَالَ : ضَعُوا عَنْهُ مَالَ الْكِتَابَةِ .

وإن قال : ضَعُوا عَنْهُ بَعْضَ كِتَابَتِهِ ، أَوْ بَعْضَ مَا عَلَيْهِ ، أَوْ ضَعُوا عَنْهُ مَا قَلَّ أَوْ مَا كَثُرَ ، أَوْ ضَعُوا عَنْهُ مَا يَنْقُلُ أَوْ مَا يَخِفُّ . . وَضَعَ عَنْهُ الْوَارِثُ مَا شَاءَ مِنْ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ ؛ لِأَنَّ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ لَا يَقْتَضِي شَيْئاً مَقْدَرًا .

وإن قال : ضَعُوا عَنْهُ نَجْماً مِنْ نَجُومِهِ . . وَضَعَ عَنْهُ الْوَارِثُ أَيَّ نَجْمٍ شَاءَ وَإِنْ كَانَ أَقَلُّهَا مَالاً . وإن قال : ضَعُوا عَنْهُ أَيَّ نَجْمٍ شَاءَ . . وَضَعَ عَنْهُ أَيَّ نَجْمٍ شَاءَ الْمَكَاتِبُ وَإِنْ

كَانَ أَكْثَرُهَا مَالًا . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَوْسَطَ نَجُومِهِ . . فَقَدْ يَكُونُ الْأَوْسَطُ مِنْ ثَلَاثِ جِهَاتٍ :

أَوْسَطُ مِنْ جِهَةِ الْعَدَدِ : بَأَن كَانَ يَكَاتِبُهُ عَلَى ثَلَاثَةِ نَجُومٍ ، فَالْأَوْسَطُ هُوَ الثَّانِي .
وَإِنْ كَاتِبُهُ عَلَى أَرْبَعَةِ نَجُومٍ . . فَالْأَوْسَطُ هُوَ الثَّانِي وَالثَّلَاثُ . وَإِنْ كَاتِبُهُ عَلَى خَمْسَةٍ . . فَالْأَوْسَطُ هُوَ الثَّلَاثُ .

وَأَوْسَطُ مِنْ جِهَةِ الْأَجَلِ : بَأَن يَكَاتِبُهُ عَلَى ثَلَاثَةِ نَجُومٍ ، نَجْمٌ إِلَى شَهْرٍ ، وَنَجْمٌ إِلَى شَهْرَيْنِ ، وَنَجْمٌ إِلَى ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ، فَالْأَوْسَطُ مِنْ جِهَةِ الْأَجَلِ هُوَ النَجْمُ إِلَى شَهْرَيْنِ .
وَأَوْسَطُ مِنْ جِهَةِ الْقَدْرِ : بَأَن يَكَاتِبُهُ عَلَى ثَلَاثَةِ نَجُومٍ ، نَجْمٌ بِعَشْرَةٍ ، وَنَجْمٌ بِعَشْرَيْنِ ، وَنَجْمٌ بِثَلَاثَيْنِ ، فَالْأَوْسَطُ مِنْ جِهَةِ الْقَدْرِ هُوَ النَجْمُ بِعَشْرَيْنِ .
فَإِنْ أَجْتَمَعَتْ هَذِهِ الْجِهَاتُ . . وَضَعَ عَنْهُ الْوَارِثُ مَا شَاءَ مِنْهَا . وَإِنْ لَمْ تَجْتَمِعْ إِلَّا جِهَتَانِ . . وَضَعَ عَنْهُ الْوَارِثُ أَيُّهُمَا شَاءَ .

وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ نَجُومِهِ أَوْ أَكْبَرَ نَجُومِهِ . . قَالَ ابْنُ الصَّبَاغِ : أَنْصَرَفَ ذَلِكَ إِلَى الْأَكْثَرِ مِنْ جِهَةِ الْقَدْرِ لَا مِنْ جِهَةِ الْعَدَدِ وَالْأَجَلِ .

مَسْأَلَةٌ : [كَاتِبُهُ ثُمَّ أَوْصَى بِعَتَقِهِ] :

وَإِنْ كَاتَبَ عَبْدُهُ كِتَابَةً صَحِيحَةً ، ثُمَّ أَوْصَى بِرَقَبَتِهِ . . لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ ، فَلَا يَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ بِهِ . فَإِنْ عَجَزَ وَرَقٌ . . لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُا وَقَعَتْ فَاسِدَةً .

وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمَالِ الْكِتَابَةِ . . صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، فَإِنْ أَذَى الْمَالَ . . كَانَ لِلْمَوْصِي لَهُ بِهِ ، وَعَتَقَ ، وَكَانَ الْوَلَاءُ لِلْوَرِثَةِ . وَإِنْ عَجَزَ . . بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، وَأَسْتَرْقَتْهُ الْوَرِثَةُ .

فَإِنْ حَلَّ نَجْمُ الْكِتَابَةِ ، وَعَجَزَ عَنْهُ ، فَأَرَادَ الْوَرِثَةُ تَعَجِيزَهُ لِيَمْلِكُوهُ ، وَأَرَادَ الْمَوْصِي لَهُ بِالْمَالِ إِنْظَارَهُ بِهِ . . كَانَ لِلْوَرِثَةِ تَعَجِيزُهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرِثَةِ مُتَعَلِّقٌ بَعَيْنِهِ ، وَحَقُّ الْمَوْصِي لَهُ مُتَعَلِّقٌ بِمَا فِي ذِمَّتِهِ ، فَكَانَ حَقُّ الْوَرِثَةِ أَكْثَرُ .

قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : وَهَذَا فِيهِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لِلْمَوْصِي لَهُ ، بِدَلِيلٍ : أَنَّهُ إِذَا أَمْرَأَهُ . . . عَتَقَ وَلَا حَقَّ لِمُصَاحِبِ الرِّقَبَةِ .

فَرَعٌ : [أَوْصَى بِمَالِ الْكِتَابَةِ لِرَجُلٍ وَبِرَقَبَتِهِ إِنْ عَجَزَ لِآخِرٍ] :

وَإِنْ أَوْصَى بِمَالِ الْكِتَابَةِ لِرَجُلٍ ، وَبِرَقَبَةِ الْمَكَاتِبِ إِنْ عَجَزَ لِآخِرٍ . . . صَحَّ .

فَإِنْ أَذَى الْمَالَ . . . أَخَذَهُ الْمَوْصِي لَهُ بِالْمَالِ ، وَعَتَقَ ، وَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ بِالرِّقَبَةِ .

وَإِنْ عَجَزَ . . . رُفِيَ ، وَكَانَ لِلْمَوْصِي لَهُ بِالرِّقَبَةِ ، وَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ بِالْمَالِ .

وَإِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِمَا يُعَجِّلُهُ الْمَكَاتِبُ ، فَإِنْ عَجَلَ الْمَكَاتِبُ شَيْئاً قَبْلَ حُلُولِ النِّجْمِ . . . اسْتَحَقَّهُ الْمَوْصِي لَهُ . وَإِنْ لَمْ يُعَجَّلْ حَتَّى حُلِّ النِّجْمِ فَأَذَاهُ . . . لَمْ يَسْتَحَقَّهُ الْمَوْصِي لَهُ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ مُعَلَّقَةً بِشَرِطٍ ، فَلَا يَسْتَحَقُّهُ الْمَوْصِي لَهُ مَعَ فَقْدِ الشَّرْطِ .

فَرَعٌ : [كَاتَبَهُ كِتَابَةً فَاسِدَةً] :

وَإِنْ كَاتَبَ عَبْدُهُ كِتَابَةً فَاسِدَةً ، فَأَوْصَى لِآخِرٍ بِمَا فِي ذِمَّتِهِ . . . لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ .

وَإِنْ قَالَ : إِذَا قَبِضْتُ مِنَ الْمَكَاتِبِ مَا لَمْ يَفْقَدْ أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ . . . فَقَدْ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ الْمُرُوزِيُّ : تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ لَا يَمْلِكُ فِي الْحَالِ شَيْئاً فِي ذِمَّتِهِ لَكِنَّهُ إِذَا قَبِضَهُ مَلَكَهُ ، فَلَمَّا أَضَافَ الْوَصِيَّةَ إِلَى حَالِ تَمْلُكِ الْمَوْصِي بِهِ . . . صَحَّ ، كَمَا لَوْ أَوْصَى بِرَقَبَتِهِ إِذَا عَجَزَ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ : وَفِي هَذَا عِنْدِي نَظَرٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ بِالْقَبْضِ ، وَإِنَّمَا يَعْتَقُ بِحَكْمِ الصَّفَةِ ، كَمَا يَعْتَقُ بِقَبْضِ الْخَمْرِ إِذَا كَاتَبَهُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ لَا يَمْلِكُهُ .

وَقَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : يَنْبَغِي أَنْ يَمْلِكُهُ إِذَا لَمْ يَرُدَّ عَلَى قَدْرِ قِيَمَةِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَرَاوَعَانِ فِيهَا .

وَإِنْ وَصَّى بِرَقَبَتِهِ لِرَجُلٍ ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِفَسَادِ الْكِتَابَةِ . . . فَهَلْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أحدهما : نصيخ . وهو اختيارُ المُنزِي ؛ لأنَّ ملكه لم يزلْ عَنْ رَقَبَتِهِ ، فصَحَّتِ الوصِيَّةُ بها .

والثاني : لا نصيخ ، قال المحامليُّ : وهو الأشبه ؛ لأنَّه إذا لم يعتقَدْ أَنَّهُ ملكه كَانَ مُتْلَاعِباً بالوصِيَّةِ .

وهكذا القولانِ فيمنْ باعَ مالَ مورثه وهو يعتقْدُ أَنَّهُ حيٌّ فبانَ أَنَّهُ كَانَ مَيِّتاً حالَ البيعِ . وإنْ كَانَ يَعْلَمُ بفسادِ الكتابةِ حالَ الوصِيَّةِ . . صَحَّتِ الوصِيَّةُ ، قولاً واحداً ، كما لو باعَهُ مِنْ رجلٍ بيعاً فاسداً ، ثُمَّ باعَهُ مِنْ آخَرَ وهو يَعْلَمُ فسادَ الأوَّلِ . ومنْ أصحابِنَا مَنْ قَالَ : فيها قولانِ . وليسَ بشيءٍ .

مسألة : [يحرم بالحج الواجب الوصية من الميقات :

إذا ماتَ وعليه حَجَّةٌ واجبةٌ - إمَّا حَجَّةُ الإسلامِ ، أو القضاء ، أو التَّذَرِ - فإنْ لم يوصِ بها أو أوصى بها مِنْ رأسِ ماله . . وَجِبَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عليها مِنْ رأسِ المالِ مَنْ يُحَرِّمُ عَنْهُ مِنَ الميقاتِ ؛ لأنَّه كَانَ لا يَجِبُ عليه أَنْ يُحَرِّمَ بالحجِّ في حياته إِلَّا مِنَ الميقاتِ ، فكذلكَ بعدَ موته .

ويجوزُ أَنْ يَكُونَ الأَجِيرُ مِنَ الورثةِ ؛ لأنَّه معاوضةٌ لا مُحَابَاةً فيها .

وإنْ أوصى بِحَجَّةِ الإسلامِ مِنْ ثلثِهِ ، أو أوصى بها مُطلقاً ، ولم يَقُلْ : مِنْ رأسِ المالِ ، ولا مِنَ الثَّلْثِ ، وقُلْنَا : إِنَّ الوصِيَّةَ بها يَجِبُ إِخْرَاجُهَا مِنَ الثَّلْثِ . . ففيه وجهان :

[أحدهما] : قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : يَجِبُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَى أَدَائِهَا مَنْ يَحَرِّمُ بها مِنْ بَلَدِهِ ، وتَكُونُ جميعُ الأَجْرَةِ مِنَ الثَّلْثِ ؛ لأنَّ ميقاتَ الإحرامِ في أصلِ الوجوبِ مِنْ دُويرةِ أَهْلِهِ ، بِدَلِيلِ قولِهِ تعالى : ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْمَعْرَةَ لِلَّهِ ﴾ [البقرة : ١٩٦] فَقَالَ عُمَرُ وَعَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : (إِنَّمَا هُمَا : أَنْ تُحَرِّمَ بِهِمَا مِنْ دُويرةِ أَهْلِكَ) ^(١) ثُمَّ رَخَّصَ النَّبِيُّ ﷺ فِي قَطْعِ

(١) أخرج خبر علي المرتضى البيهقي في « السنن الكبرى » (٣٠ / ٥) في الحج ، وابن حزم في =

المسافة إلى الميقات بغير إحرام بقوله ﷺ : « يَسْتَمْتِعُ الرَّجُلُ بِأَهْلِهِ مِنْ بُنْيَانِهِ حَتَّى يَأْتِيَ الْمَيْقَاتَ » (١) .

فإن أوصى الرجل بالحج . . عاد إلى الأصل دون الرخصة .

و[الثاني] : قال أكثر أصحابنا : لا يجب الإحرام إلا من الميقات ؛ لأن الموصي كان لا يجب عليه الإحرام إلا من الميقات بالشرع ، فكذلك الأجير .

وإن قال : حُجُّوا عَنِّي حَجَّةَ الْإِسْلَامِ وَأَطْلَقَ ، وَقُلْنَا : إِنَّ الْوَصِيَّةَ بِهِ لَا تُوجِبُ كَوْنَ جَمِيعِ الْأَجْرَةِ مِنَ الثَّلْثِ ، فَمِنْ أَيْنَ يَجِبُ الْإِحْرَامُ هَاهُنَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

[أحدهما] : قال أبو إسحاق : يجب الإحرام من ذؤيرة أهله إلا أن القدر الذي يحتاج إليه من الأجرة من بلده إلى الميقات يكون من الثلث ، وما بعد ذلك إلى آخر الشُّكِّ يكون من رأس المال ؛ لأن قوله : (حُجُّوا عَنِّي) لا يُفِيدُ إِلَّا وَجُوبَ الْإِحْرَامِ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ ، فَكَانَتْ أَجْرَتُهُ مِنَ الثَّلْثِ ، إِذْ لَوْ لَمْ يَوْصِ بِهِ . . لَكَانَ يَجِبُ الْإِحْرَامُ عَنْهُ مِنَ الْمَيْقَاتِ .

و[الثاني] : قال أكثر أصحابنا : لا يجب الإحرام عنه به إلا من الميقات ، وتكون جميع الأجرة من رأس المال ؛ لأن الحج لا يجب بالشرع إلا من الميقات ، فكانت الوصية به تأكيداً .

وإن وصَّى أَنْ يُجْعَلَ جَمِيعُ الثَّلْثِ فِي حَجَّةِ الْإِسْلَامِ . . حُجَّ بِهِ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ امْكَنَ مِنْ بَلَدِهِ إِلَى الْمَيْقَاتِ . فَإِنْ عَجَزَ الثَّلْثُ عَنْ حَجِّهِ مِنَ الْمَيْقَاتِ . . تَمَّمَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْحَجَّ مِنَ الْمَيْقَاتِ مُسْتَحَقٌّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . فَإِنْ كَانَ الثَّلْثُ قَدَّرَ أَجْرَةَ الْمِثْلِ مِنَ الْبَلَدِ ،

= « المحلى » (٧٥ / ٧) ، وذكره ابن قدامة في « المغني » (٣ / ٢٦٥) . وأورد خبر عمر الفاروق القلعي في « موسوعة فقه عمر » (ص / ٣١١ - ٣١٣) ، وعند القرطبي في « التفسير » (٢ / ٣٦٦) قال : وثبت أن عمر أهل من إيلياء . وفي الباب :

رواه عن أبي هريرة مرفوعاً البيهقي في « السنن الكبرى » (٥ / ٣٠) في الحج ، باب : من استحب الإحرام من ذؤيرة أهله . قال الشافعي : وفيه نظر .

(١) أخرجه مرسلاً عن عطاء الشافعي في « ترتيب المسند » (٧٥١) ، ومن طريقه البيهقي في « السنن الكبرى » (٥ / ٣٠) في الحج .

أَوْ مَا دُونَهُ إِلَى الْمِيقَاتِ . جَازَ أَنْ يَسْتَأْجَرَ بِهِ الْوَارِثَ وَالْأَجْنَبِيَّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَعَاوِضَةٌ لَا مُحَابَاةَ فِيهَا . وَإِنْ كَانَ الثَّلَثُ يَزِيدُ عَلَى أُجْرَةِ الْمِثْلِ مِنَ الْبَلَدِ ، أَوْ مَا دُونَهُ إِلَى الْمِيقَاتِ . . لَمْ ^(١) يُسْتَأْجَرَ بِهِ الْوَارِثُ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ مُحَابَاةٌ وَوَصِيَّةٌ ، فَلَا تَصَحُّ لِلْوَارِثِ . هَذَا نَقْلُ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ .

وَقَالَ الْقَفَالُ : إِذَا قَالَ أَحَبُّوا عَنِّي رَجُلًا بِأَلْفٍ ، وَأُجْرَةُ الْمِثْلِ أَقَلُّ ، وَلَمْ يَعْيِّنِ الْأَجِيرَ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَحِبُّ عَنْهُ إِلَّا بِقَدْرِ أُجْرَةِ الْمِثْلِ ، وَالزِّيَادَةُ لِلْوَارِثِ .

وَالثَّانِي : أَنَّ الزِّيَادَةَ ^(٢) وَصِيَّةٌ لِشَخْصٍ مَوْصُوفٍ بِصِفَةٍ ، وَهُوَ حِبُّ ذَلِكَ الشَّخْصِ . قَالَ : وَحَدَّثَ حَدِيثُهُ بِ(مَرْوٍ) اُخْتَلَفَتْ فِيهَا فَتَوَى مَشَائِخُنَا وَهِيَ :

أَنَّ رَجُلًا أَوْصَى أَنْ يُشْتَرَى لَهُ عَشْرَةُ أَقْفَرَةٍ حَنْطَةً بِمِئَةِ دِرْهَمٍ فَيُتَصَدَّقَ بِهَا عَنْهُ ، فَأُخِذَ ^(٣) مِنْ أَجُودِ الْحَنْطَةِ عَشْرَةُ أَقْفَرَةٍ بِثَمَانِينَ دِرْهَمًا ، فَمَاذَا يُصْنَعُ بِالْعَشْرِينَ الْبَاقِيَةِ مِنَ الْمِئَةِ ؟ فَمَنْهُمْ مَنْ أَفْتَى بِأَنَّهَا تُرَدُّ إِلَى الْوَارِثِ ، وَمَنْهُمْ مَنْ قَالَ : إِنَّهَا وَصِيَّةٌ لِبَائِعِ الْحَنْطَةِ ، وَمَنْهُمْ مَنْ قَالَ : يُشْتَرَى بِهَا حَنْطَةٌ بِهَذَا السَّعْرِ وَيُتَصَدَّقُ بِهَا عَنْهُ . وَهَذَا الْوَجْهُ لَا يُتَبَوَّرُ فِي الْحَجِّ .

فَرَعٌ : [أَوْصَى بِحِجَّةٍ وَلَمْ يَعْيِّنِ الْأَجْرَةَ وَالْأَجِيرَ] :

إِذَا أَوْصَى بِحِجَّةِ الْإِسْلَامِ وَلَمْ يُقَدِّرِ الْأَجْرَةَ ، وَلَا عَيَّنَ الْأَجِيرَ . . فَإِنَّهُ يَسْتَأْجَرُ بِأَقَلِّ مَا يَوْجَدُ ، سِوَاءَ كَانَ الْأَجِيرُ أَجْنَبِيًّا أَوْ وَارِثًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَعَاوِضَةٌ لَا مُحَابَاةَ فِيهَا .

وَإِنْ عَيَّنَ الْأَجْرَةَ وَلَمْ يَعْيِّنِ الْأَجِيرَ : فَإِنْ كَانَ مَا عَيَّنَهُ مِنَ الْأَجْرَةِ قَدَرُ أُجْرَةِ الْمِثْلِ . . جَازَ أَنْ يُسْتَأْجَرَ بِهَا الْوَارِثُ وَالْأَجْنَبِيُّ .

(١) فِي (م) : (جَازَ أَنْ) .

(٢) فِي (م) : (الْفَضْلُ) .

(٣) فِي (م) : (فُوجِدَ) .

وإن كَانَ أَكْثَرَ مِنْ أَجْرَةِ الْمِثْلِ . . لَمْ يَجْزْ أَنْ يُسْتَأْجَرَ بِهَا الْوَارِثُ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرِثَةِ مَعَهُ .

وهل يُسْتَأْجَرُ بِهَا الْأَجْنَبِيُّ ؟ إنْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ عَلَى أَجْرَةِ الْمِثْلِ لَا تَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ . . لَمْ تَلْزَمْ الزِّيَادَةُ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرِثَةِ . وإنْ كَانَتْ تَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ . . لَزِمَ الِاسْتِجَارُ بِهَا عَلَى طَرِيقَةِ أَصْحَابِنَا الْبَغْدَادِيِّينَ . وَعَلَى طَرِيقَةِ الْقَفَالِ . . عَلَى وَجْهَيْنِ .

وإنْ عَيَّنَ الْأَجِيرُ ، وَلَمْ يُقَدَّرْ لَهُ الْأَجْرَةُ . . وَجِبَ اسْتِجَارُهُ ، وَهَلْ يَجِبُ اسْتِجَارُهُ بِأَقْلٍ مَا يُؤْخَذُ أَوْ بِأَجْرَةٍ مِثْلِهِ مِنْ نُظَرَائِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَلْزَمُ اسْتِجَارُهُ إِلَّا بِأَقْلٍ مَا يُؤْخَذُ مِمَّنْ يَحِجُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي أَنْ يُسْتَأْجَرَ بِأَكْثَرٍ مِنْ ذَلِكَ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ يَلْزَمُ أَنْ يُسْتَأْجَرَ بِأَجْرَةٍ مِثْلِهِ مِنْ نُظَرَائِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْصِيَّ لَمَّا عَيَّنَهُ فَكَأَنَّهُ إِنَّمَا قَصَدَهُ لِعِلْمِهِ بِوَرَعِهِ وَعِلْمِهِ ، فَاعْتَبِرَتْ أَجْرَةُ مِثْلِهِ بِنَفْسِهِ . وَلَا فَرْقَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْأَجِيرُ الْمَعْيُنُ وَارِثًا أَوْ أَجْنَبِيًّا .

فَإِنْ أَمْتَنَعَ هَذَا الْأَجِيرُ الْمَعْيُنُ مِنَ الْحِجِّ ، أَوْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَحِجَّ . . لَمْ تَسْقِطِ الْوَصِيَّةُ بِالْحِجِّ ، وَاسْتَوْجَرَ غَيْرُهُ بِأَقْلٍ مَا يُؤْخَذُ ؛ لِأَنَّ الْحِجَّ وَاجِبٌ ، فَلَزِمَهُ أَدَاؤُهُ .

وإنْ عَيَّنَ الْأَجِيرُ ، وَقَدَّرَ الْأَجْرَةَ ، بِأَنْ قَالَ : اسْتَأْجِرُوا فَلَانًا يَحِجُّ عَنِّي بِمِئَةِ : فَإِنْ كَانَتِ الْأَجْرَةُ الْمَقْدَرَةُ قَدَّرَ أَجْرَةَ مِثْلِهِ . . وَجِبَ اسْتِجَارُهُ بِهَا ، وَارِثًا كَانَ أَوْ أَجْنَبِيًّا .

وإنْ كَانَتْ أَكْثَرَ مِنْ أَجْرَةِ مِثْلِهِ . . كَانَ قَدَّرَ أَجْرَةَ مِثْلِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ .

وَأَمَّا الزِّيَادَةُ : فَمَعْتَبَرَةٌ مِنَ الثَّلَاثِ : فَإِنْ خَرَجَتْ مِنَ الثَّلَاثِ وَكَانَ الْأَجِيرُ أَجْنَبِيًّا . .

فَهِيَ وَصِيَّةٌ لَهُ تَلْزَمُ إِذَا حِجَّ . وَإِنْ لَمْ يَحْتَمِلْهَا الثَّلَاثُ ، أَوْ كَانَ الْأَجِيرُ الْمَعْيُنُ وَارِثًا . . وَقَفَّ ذَلِكَ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ^(١) .

(١) فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةٍ : (وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَسْأَلَةِ وَالْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا : أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسَمَّ أَجْرَةَ . . فَقَدْ وَكَّلَ ذَلِكَ إِلَى الْوَصِيِّ ، فَكَانَ الْاِحْتِيَاطُ أَنْ يُحِجَّ عَنْهُ بِأَقْلٍ مَا يُؤْخَذُ ، وَإِذَا سَمِيَ أَجْرَةَ فَلَمْ يَرِدْ ذَلِكَ إِلَى

وإن قال الأجير المعين : أحجُّوا غيري بأجرة المثل ، وأعطوني ما زادَ عليها ؛ لأنه وصيةٌ لي وهي تخرجُ مِنَ الثُّلثِ . . لم يكن له ذلك ؛ لأنه إنما وصَّى له بذلك بشرطٍ - وهو أن يحجَّ عنه - فإذا لم يحجَّ . . لم يستحق .

فرعٌ : [وجب الحج عليه فأوصى لمن يحج عنه بمئة دينار] :

إذا كانت عليه حجةٌ واجبةٌ ، فقال : مَنْ حجَّ عني بعد موتي أولاً . . فله مئة دينارٍ : فحجَّ عنه أولاً أجنبيٌّ : فإن كانت المئة أجرة المثل . . فلا كلام . وإن كانت أكثر من أجرة المثل . . كان ما زاد معتبراً مِنَ الثُّلثِ .
وإن حجَّ عنه أولاً وارثٌ . . قال الشافعي : (فله مِنَ المئة أقلُّ ما يؤخذُ به أحدٌ يحجُّ عنه) .

وأختلف أصحابنا في ذلك : فمنهم مَنْ قال : أراد به أجرة المثل . ومنهم مَنْ قال : أراد أقلَّ ما يؤخذُ به مَنْ يحجُّ عنه ، ويكون ما زاد موقوفاً على إجازة الورثة ، خرج مِنَ الثُّلثِ أو لم يخرج^(١) .

مسألةٌ : [أوصى بحج تطوُّع] :

إذا أوصى بحج تطوُّعٍ ، فإن قلنا : لا تدخله النيابة . . لم تصحَّ الوصيةُ به . وإن قلنا : تدخله النيابة . . فإنَّ جميع الأجرة معتبرةٌ مِنَ الثُّلثِ .
فإن قال : أحجُّوا عني ، ولم يُقدِّر الأجرة ، ولا عيَّن الأجير . . قال الشيخ أبو حامد : فعلى قول أبي إسحاق : يستأجر مَنْ يحجُّ عنه مِنْ بلده بأقلَّ ما يؤخذُ ، فإن لم يحتمله الثُّلثُ . . حجَّ عنه بالثُّلثِ مِنْ حيثُ أمكن مِنْ بلده إلى الميقات . وعلى قول

= اجتهد الوصي . . فتكون أجرة المثل محتسبة من رأس المال ، والباقي من الثلث) .
(١) في هامش نسخة : (الفرق بين الأجنبي والوارث : أن الأجنبي لا يحتاج إلى إجازة الورثة فيما يخرج من الثُّلث ، بخلاف الوارث) بتصرف .

سائر أصحابنا : يستأجر من يحج عنه بأقل ما يؤخذ من المقات . فإن عجز الثلث عن حجّه من المقات . . بطلت الوصيّة فيه ، ورجع ملكاً للورثة ، كما لو قال : اشتروا عبيداً وأعتقوهم ، فاشتري عبدان ، وفصل من الثلث مال يمكن أن يشتري به بعض الثالث . . فإنه يكون للورثة .

قال المسعودي [في «الإبانة» ق/٤١٩] : وفيه قول آخر في الموضعين : أنه يتصدق بالبقية ، وهذا ليس بمشهور .

وإن قال : أحجوا عني بمئة من ثلثي في حج التطوع . . حج عنه بها من حيث أمكن من بلده إلى المقات ، فإن لم يوجد من يحج بها عنه من المقات . . بطلت الوصيّة ، وكانت للورثة .

وإن قال : أحجوا عني بثلثي . . صرف الثلث فيما أمكن من عدد الحجج ، وهل يكون من البلد أو من المقات ؟ على وجهين :

[أحدهما] : على قول أبي إسحاق : يكون من بلده .

و[الثاني] : على قول سائر أصحابنا : يكون من المقات .

فإن اتسع الثلث لحجة أو حجتين ، وبقي منه بقية لا يمكن أن يستأجر به من يحج من المقات . . بطلت الوصيّة بها وردت إلى الورثة ، ولا تصرف إلى العمرة ؛ لأن الموصى به الحج دون العمرة .

وإن قال : أحجوا عني فلاناً ، ولم يقدّر له أجره . . فهل يجب أستجاره بأجرة مثله ، أو بأقل ما يؤخذ ؟ على الوجهين في المسألة قبلها .

وإن قال : أحجوا عني فلاناً بمئة . . اعتبر جميعها من الثلث ؛ لأنها تطوع ، فإن امتنع الأجير المعين عن الحج . . ففيه وجهان :

أحدهما : أن الوصيّة بالحج تبطل ، ولا يستأجر غيره ؛ لأنه قصد إرفاق هذا الأجير . وإذا رد الوصيّة . . بطلت ، كما لو وصّى له بشيء فردّه .

والثاني : لا تبطل بل يستأجر غيره بأقل ما يؤخذ ، وهو الأصح ؛ لأنها وصيّة تتضمن قربة ، فإذا ردّها الموصى له . . لم تبطل القربة ، كما لو وصّى أن يُباع له ثوب

مِنْ رَجُلٍ بِمُحَابَاةٍ ، وَيُتَصَدَّقُ بِثَمَنِهِ ، فَأَمْتَنَعَ الْمُوصِي لَهُ بِالشَّرَاءِ عَنِ الشَّرَاءِ . . فَإِنَّ الثَّوْبَ يَبَاعُ مِنْ غَيْرِهِ وَيُتَصَدَّقُ بِثَمَنِهِ .

فرعٌ : [وصى بثلثه للحجيج] :

وإن أوصى بثلثه للحجيج . . قَالَ الشَّافِعِيُّ : (أَحَبُّتُ أَنْ يُدْفَعَ إِلَى فَقَرَاءِ الْحَجَّاجِ ؛ لِأَنَّهُمْ أَحْوَجُ إِلَيْهِ ، فَإِنْ دُفِعَ إِلَيْهِمْ أَغْنَيْنَاهُمْ . . جاز) ؛ لِأَنَّ أَسْمَ الْحَجَّاجِ يَجْمَعُهُمْ .

مسألةٌ : [وصى بمئة لحج تطوع] :

وإن أوصى بأن يحج عنه رجل بمئة حجة تطوع ، وأوصى بما بقي من ثلثه بعد المئة لآخر ، وأوصى بثلث ماله لثالث ، فإن كان ثلثه مئة فما دونها . . فلا وصية للموصي له بالبقية بعد المئة . فإن أجاز الورثة الوصيتين : أُعْطِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُوصَى لهُمَا ثُلُثَ مَالِهِ ^(١) . وإن لم يُجِزُوا مَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ . . قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ .

وإن كان ثلثه أكثر من مئة ، بأن كان ماله أربع مئة وخمسين ، وأجاز الورثة الوصيتين . . دُفِعَ إِلَى الْمُوصَى لَهُ بِالمئة مئة ، وإلى الْمُوصَى لَهُ بِالْبَقِيَّةِ خَمْسُونَ ، وإلى الْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ مئة وخمسون . وإن لم يُجِزُوا مَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ . . رُدَّ الْوَصِيَّتَانِ إِلَى الثُّلُثِ - وهو : مئة وخمسون - فَيُعَادُ الْمُوصَى لَهُ بِالمئة الْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ بِالْمُوصَى لَهُ بِالْبَقِيَّةِ مَعَهُ ، فَيُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَيَأْخُذُ الْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ نِصْفَهُ - وهو : خمسة وسبعون - وفي النصف الآخر وجهان :

أحدهما : أَنَّهُ يَأْخُذُهُ الْمُوصَى لَهُ بِالمئة ؛ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ بِالْبَقِيَّةِ إِنَّمَا حَقُّهُ فِيمَا زَادَ عَلَى المئة ، وَلَمْ يَزِدْ عَلَى المئة شَيْئاً .

والثاني : أَنَّ الْمُوصَى لَهُ بِالمئة ، وَالْمُوصَى لَهُ بِالْبَقِيَّةِ يَقْتَسِمَانِ هَذَا النِّصْفَ بَيْنَهُمَا ،

(١) فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةِ : (هَذَا إِذَا كَانَ الثُّلُثُ مِئَةً كَامِلَةً ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ الثُّلُثُ دُونَهَا . . فَإِنَّهُ تَجِبُ الْمَفَاضِلَةُ بَيْنَ الْمُوصَى لِهِمَا) .

كما كانا يقتسمان جميع الثلث عند الإجازة ، فيقتسمان هاهنا الخمسة والسبعين على ثلاثة ، للموصى له بالمتة : سهمان ، وللموصى له بالبقية : سهم . وإن كان الثلث متين . . فإنهما يقتسمان المتة عند الرد بينهما نصفين ؛ لأن الوصية بالثلث زاحمتها معاً في حقيهما فأدخلت الضرر عليهما ، كأصحاب الفروض في المواريث ، والأول هو المذهب ؛ لأن الموصى له بالبقية إنما وقعت وصيته بشرط ، ولم يوجد الشرط بخلاف أصحاب الفروض ، فإن أولئك تساوت حقوقهم .

فأما إذا أوصى لرجل بثلث ماله ، وأوصى أن يحج عنه رجل بمئة من ثلثه حجة التطوع ، وأوصى لثالث بما بقي من ثلثه بعد المتة . . فقد اختلف أصحابنا فيها : فذهب أكثرهم إلى : أن الحكم فيها كالحكم في التي قبلها ؛ لأنها وصية بثلثي ماله . ومنهم من قال : لا تصح الوصية للموصى له بالبقية بعد المتة ؛ لأنه لما أوصى للأول بثلث ماله . . علم أنه لا يبقى بعد المتة شيء .

فعلى هذا : إن أجاز الورثة الوصيتين . . دُفع إلى الموصى له بالثلث الثلث ، وإلى الموصى له بالمتة متة . وإن لم يجزوا ما زاد على الثلث . . قُسم الثلث بينهما على قدر حقيهما^(١) عند الإجازة ، فإن كان الثلث متة . . اقتسماها نصفين . وإن كان الثلث متين . . اقتسماها على ثلاثة : للموصى له بالثلث سهمان ، وللموصى له بالمتة سهم . وإن كان الثلث ألفاً . . اقتسماه على أحد عشر سهماً : للموصى له بالثلث عشرة أسهم ، وللموصى له بالمتة سهم ، والأول أصح ؛ لأنه لما أوصى بالمتة بعد الثلث . . علم أنه أراد منه الثلث الثاني ، فكانت كالأولى .

مسألة : [أوصى بعبد ولاحر بما بقي من الثلث] :

وإن أوصى لرجل بعبد ، ولاحر بما بقي من ثلثه . . ففيه أربع مسائل :

إحداهن : أن يموت الموصي والعبد باقي بحالة سليمة : فإن العبد يقوم مع باقي التركة ، وينظر : كم قدر ثلثها ؟ فيُدفع العبد إلى الموصى له به ، فإن بقي من الثلث

شيء . . دُفِعَ إِلَى الموصى لَهُ بالبقية تمامُ الثلث . وَإِنْ أَسْتَغْرَقَتْ قِيمَةُ الْعَبْدِ الثَّلَاثَ . . فَلَا شَيْءَ لِلْمَوْصِي لَهُ بِالْبَقِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ شَيْءٌ .

الثانية : أَنْ يَصِيبَ الْعَبْدَ عَيْبٌ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْصِي : فَإِنَّ الْعَبْدَ يُقَوِّمُ يَوْمَ مَاتَ سَيِّدُهُ سَلِيمًا ، وَتُحَسَبُ قِيمَتُهُ سَلِيمًا فِي التَّرَكَةِ ، وَيُنْظَرُ : مَا بَقِيَ مِنْ ثُلْثِ التَّرَكَةِ بَعْدَ قِيمَتِهِ سَلِيمًا ، فَيُدْفَعُ ذَلِكَ إِلَى الْمَوْصِي لَهُ بِالْبَقِيَّةِ ، وَيُدْفَعُ الْعَبْدُ مَعِينًا إِلَى الْمَوْصِي لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ سَلِيمًا وَقَدْ أَسْتَحَقَّاقِ الْوَصِيَّةِ . وَإِنَّمَا نَقَصَ بَعْدَ ذَلِكَ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ مِنْ أَحَدٍ .

الثالثة : إِذَا مَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، وَقَبْلَ قَبُولِ الْوَصِيَّةِ فِيهِ . . فَقَدْ بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ بِهِ لِفَوَاتِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ مُحْسُوبٌ فِي التَّرَكَةِ ، فَيُنْظَرُ : كَمْ قَدَّرُ ثُلْثِ التَّرَكَةِ ؟ وَتَسْقُطُ قِيمَتُهُ مِنَ الثَّلَاثِ . فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ بَعْدَ قِيمَتِهِ . . دُفِعَ ذَلِكَ إِلَى الْمَوْصِي لَهُ بِالْبَقِيَّةِ .

الرابعة : إِذَا مَاتَ الْعَبْدُ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ . . فَإِنَّ الْعَبْدَ غَيْرُ مُحْسُوبٍ فِي التَّرَكَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُخْلُقْهُ السَيِّدُ ، فَتَقَوُّمُ التَّرَكَةِ ، وَيُنْظَرُ : كَمْ قَدَّرُ الثَّلَاثَ ؟ وَيَقَوِّمُ الْعَبْدُ يَوْمَ مَاتَ ، وَيَسْقُطُ ذَلِكَ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَيُدْفَعُ إِلَى الْمَوْصِي لَهُ بِالْبَقِيَّةِ مَا بَقِيَ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَلَا تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ لِصَاحِبِ الْبَقِيَّةِ بِمَوْتِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُمَا وَصِيَّتَانِ فَلَا تَبْطُلُ إِحْدَاهُمَا بِبَطْلَانِ الْأُخْرَى ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِرَجُلَيْنِ فَرَدَّ أَحَدُهُمَا وَقَبْلَ الْآخَرِ .

مَسْأَلَةٌ : [أَوْصَى بِمَنْفَعَةِ عَبْدٍ] :

إِذَا أَوْصَى لَهُ بِمَنْفَعَةِ عَبْدٍ ، فَمَاتَ الْمَوْصِي ، وَقَبْلَ الْمَوْصِي لَهُ ، وَخَرَجَ الْعَبْدُ مِنَ الثَّلَاثِ . . مَلَكَ الْمَوْصِي لَهُ مَنْفَعَتَهُ وَأَكْسَابَهُ ، وَلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ بِنَفْسِهِ ، وَيُؤَاجِرَهُ ، وَيُعِيرَهُ ، وَيُوصِي بِهِ ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، حَكَاهُمَا الْمَسْعُودِيُّ [فِي «الْإِبَانَةِ» ق/٤١٨] : الْمَشْهُورُ : أَنَّ لَهُ ذَلِكَ كَعَبْدِهِ الَّذِي يَمْلِكُهُ .

وَإِنْ أَلْتَقَطَ هَذَا الْعَبْدُ لُقْطَةً ، أَوْ وَهَبَ لَهُ مَالٌ . . قَالَ فِي «الْإِفْصَاحِ» : أَحْتَمَلُ وَجْهَيْنِ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلَيْنِ أَنَّ ذَلِكَ يَدْخُلُ فِي الْمَهَايَا :

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَدْخُلُ فِي الْمَهَايَا فِي الْعَبْدِ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ . . كَانَ ذَلِكَ لِلْمَوْصِي لَهُ .

وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَدْخُلُ فِي الْمَهَايَا . . كَانَ ذَلِكَ لِمَالِكِ الرِّقَبَةِ .

وإن مات الموصي له والعبد باقٍ.. فهل يرث ورثته المنفعة ؟ فيه وجهان ،
حكماهما في « الإفصاح » ، و « الإبانة » :

أحدهما : لا تورث عنه ، بل تكون لمالك الرقبة . وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنَّ
الميراث لا يجري في المنافع .

والثاني - وهو الأصح - : أنها تورث عنه كسائر أمواله ، ولا يُسلم : أنَّ الميراث
لا يجري في المنافع ؛ لأنه لو استأجر عينا ومات قبل استيفاء المنفعة .. ورثها ورثته ،
وعلى من تجب نفقة هذا العبد ؟ حكى الشيخ أبو حامد فيه وجهين :

أحدهما : تجب على مالك الرقبة ؛ لأنَّ النفقة للرقبة ، فكانت على مالِكها .

والثاني : أنها في كسبه ؛ لأنه لا يمكن إيجابها على مالك المنفعة ؛ لأنه لا يملك
الرقبة ، ولا يمكن إيجابها على مالك الرقبة ؛ لأنه لا يملك المنفعة ، فكانت في
كسبه ، فإن لم يكن في كسبه وفاء أو لا كسب له .. كانت في بيت المال .
وحكى الشيخ أبو إسحاق فيها وجهاً ثالثاً : أنها تجب على الموصي له بالمنفعة ؛
لأنَّ الكسب له .

وإن قتل هذا العبد حرّاً أو قتله عبداً خطأ.. وجبت قيمته ، وماذا يصنع بها ؟ فيه
وجهان :

أحدهما : تكون ملكاً لمالك الرقبة ؛ لأنها بدلها ، فكانت لمالكها .

والثاني - وهو الصحيح - : أنه يُشترى بها عبداً تكون منفعته للموصي له ، ورقبته
لورثة الموصي ؛ لأنَّ لكل واحدٍ منهما حقاً فيما قام مقام الأصل ، فلم يجز إبطاله .

وإن قتل عبداً عمداً.. فمن يستوفي القصاص ؟ فيه وجهان ، حكاهما المسعودي
[في « الإبانة » ق/ ٤١٨] :

أحدهما : يستوفيه مالك الرقبة .

والثاني - وهو قول أبي حنيفة - : (أنَّ الاستيفاء للموصي له)^(١) .

فَإِنْ قَطَعَ رَجُلٌ طَرَفَهُ . . وَجَبَ عَلَيْهِ الْأَزْشُ ، وَلَمْ يَكُنْ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :
أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ لِمَالِكِ الرِّقْبَةِ ؛ لِأَنَّهُ بَدَّلَهَا .

وَالثَّانِي : أَنَّ مَا قَابَلَ مِنَ الْأَزْشِ مَا نَقَصَ مِنْ قِيَمَةِ الرِّقْبَةِ يَكُونُ لِمَالِكِ الرِّقْبَةِ ، وَمَا قَابَلَ مِنْهُ مَا نَقَصَ مِنَ الْمَنْفَعَةِ يَكُونُ لِلْمَوْصِي لَهُ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : إِنْ كَانَ الْمُتَلَفُ مِمَّا يَنْقُصُ مَنَفَعَةَ الْعَبْدِ كَالْيَدِ وَالرَّجْلِ . .
أَخَذَ أَرَشُهُ وَأَشْتَرِي بِهِ عَبْدًا أَوْ جُزْءًا مِنْ عَبْدٍ تَكُونُ مَنَفَعَتُهُ لِلْمَوْصِي لَهُ ، وَرَقَبَتُهُ لَوَارِثِ
الْمَوْصِي . وَإِنْ كَانَ الْمُتَلَفُ مِمَّا لَا يَنْقُصُ الْمَنْفَعَةَ كَالذِّكْرِ^(١) وَنَحْوِهِ . . كَانَ أَرَشُهُ لِمَالِكِ
الرِّقْبَةِ وَحْدَهُ .

وَإِنْ جَنَى هَذَا الْعَبْدُ عَلَى غَيْرِهِ ، فَإِنْ أَتَفَقَا عَلَى فِدْيَتِهِ . . فَدْيَاهُ ، وَكَانَ بَاقِيًا مَا كَانَ
عَلَيْهِ . وَإِنْ فَدَاهُ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ . . كَانَ مَتَطَوِّعًا . وَإِنْ أَمْتَنَا مِنَ الْفِدْيَةِ . . بَيَعَ
عَلَيْهِمَا .

فَرَعٌ : [وَصَّى بِمَنْفَعَةٍ جَارِيَةٍ] :

وَإِنْ كَانَ الْمَوْصِي بِمَنْفَعَتِهِ جَارِيَةً ، فَأَتَتْ بَوْلِدٍ مِنْ زَوَاجٍ أَوْ زَنَاءٍ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :
أَحَدُهُمَا : أَنَّ الْوَلَدَ لِلْمَوْصِي لَهُ بِالْمَنْفَعَةِ ، كَمَا قُلْنَا فِي كَسْبِهَا .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ يَكُونُ كَأُمِّهِ ، مَنَفَعَتُهُ لِلْمَوْصِي لَهُ ، وَرَقَبَتُهُ لِلْوَارِثِ ؛ لِأَنَّهُ كَجُزْءٍ مِنْهَا .
وَيَجُوزُ تَزْوِيجُهَا ، وَفِي مَنِّ يَمْلِكُ عَقْدَ النِّكَاحِ عَلَيْهَا ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ :
أَحَدُهَا : أَنَّ ذَلِكَ إِلَى الْمَوْصِي لَهُ بِالْمَنْفَعَةِ ؛ لِأَنَّ مَهْرَهَا لَهُ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ لِمَالِكِ الرِّقْبَةِ ؛ لِأَنَّ مَلِكَ الرِّقْبَةِ لَهُ .

وَالثَّلَاثُ : لَا يَصْحُ إِلَّا بِاجْتِمَاعِهِمَا ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيهَا حَقًّا ، فَلَمْ يَنْفَرِدْ
أَحَدُهُمَا بِالْعَقْدِ عَلَيْهَا ، كَالْجَارِيَةِ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ .

وَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا وَطَآهَا . . لَمْ يَكُنْ لَهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَمْلِكُهَا مِلْكًا تَامًّا ،

والوَطءُ لا يجوزُ إِلَّا فِي مِلْكٍ تَامٍّ ، كَالْجَارِيَةِ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ . هَذِهِ طَرِيقَةُ أَصْحَابِنَا الْبَغْدَادِيِّينَ^(١) .

وَقَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي «الْإِبَانَةِ» ق/٤٠٧] : يَجُوزُ وَطْؤُهَا لِمَالِكِ الرِّقَبَةِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ، وَعَلَيْهِ التَّفْرِيعُ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ وَطْئَهَا الْمُوصِي لَهُ بِالْمَنْفَعَةِ .. فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ لَهُ فِيهَا شَبَهَةً ، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ لَهُ .

وَإِنْ أَتَتْ مِنْهُ بَوْلِدٌ .. فَالْوَلَدُ حُرٌّ لِلشَّبَهَةِ :

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْوَلَدَ الَّذِي تَأْتِي بِهِ مِنَ الزَّنا أَوْ النِّكَاحِ يَكُونُ مَمْلُوكًا لِلْمُوصِي لَهُ .. لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ هَاهُنَا قِيَمَتُهُ .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْوَلَدَ الَّذِي تَأْتِي بِهِ مِنَ الزَّنا أَوْ النِّكَاحِ يَكُونُ كَأُمِّهِ .. أُخِذَتْ مِنْهُ قِيَمَتُهُ ، وَمَاذَا يُصْنَعُ بِهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، كَمَا لَوْ قُتِلَتِ الْأُمُّ :

أَحَدُهُمَا : يَكُونُ الْمِلْكُ لِمَالِكِ الرِّقَبَةِ .

وَالثَّانِي : يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ تَقُومُ مَقَامَهُ مَنْفَعَتُهُ لِلْمُوصِي لَهُ ، وَرَقَبَتُهُ لَوَرِثَةِ الْمُوصِي .

وَإِنْ وَطْئَهَا وَارِثُ الْمُوصِي .. فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ لِلشَّبَهَةِ ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ لِلْمُوصِي لَهُ . وَإِنْ أَتَتْ مِنْهُ بَوْلِدٌ .. كَانَ حُرًّا ؛ لِأَنَّ لَهُ فِيهَا شَبَهَةً مِلْكٍ .

وَأَمَّا قِيَمَةُ الْوَلَدِ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَوْ كَانَ مَمْلُوكًا كَانَ لِلْمُوصِي لَهُ .. لَزِمَ وَارِثُ الْمُوصِي دَفْعُ قِيَمَتِهِ إِلَى الْمُوصِي لَهُ ، وَإِنْ قُلْنَا : يَكُونُ مَوْقُوفًا كَأُمِّهِ .. فَقَدْ أَتَلَفَ الْوَارِثُ رِقَّةً .

فَإِنْ قُلْنَا : لَوْ قُتِلَ تَكُونُ قِيَمَتُهُ لِمَالِكِ الرِّقَبَةِ .. لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ وَجِبَتْ عَلَيْهِ .. لَكَانَتْ لَهُ .

وَإِنْ قُلْنَا : يُشْتَرَى بِهَا^(٢) مَا يَقُومُ مَقَامَهُ .. أُخِذَتْ مِنْهُ الْقِيَمَةُ ، وَأَشْتَرِيَ بِهَا وَلَدٌ تَكُونُ مَنْفَعَتُهُ لِلْمُوصِي لَهُ ، وَرَقَبَتُهُ لَوَرِثَةِ الْمُوصِي .

(١) فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةٍ : (لَوْ أَوْصَى بِخِدْمَةِ أُمْتِهِ لِرَجُلٍ .. فَلِلْوَارِثِ وَطْءُ الْجَارِيَةِ الْمُوصِي بِخِدْمَتِهَا كَالْجَارِيَةِ الْمُؤَجَّرَةِ) .

(٢) فِي (م) : (مَكَانَهَا) .

فرعٌ : [بيع مالك الرقبة مع أنه قد بذل المنفعة لغيره] :

إذا أراد مالك الرقبة بيع الرقبة .. فهل يصح بيعه لها ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يصح ؛ لأنه بيع صادق ملكاً له ، فهو كما لو لم يكن موصى بمنفعتها .

والثاني : لا يصح بيعه ؛ لأنه بيع ما لا منفعة فيه ، فهو كبيع الجعلان والخنافس .

والثالث : إن باعها من الموصى له بالمنفعة .. صح بيعه ؛ لأنه يحصل له الرقبة والمنفعة ، فتكون بيع ما فيه منفعة . وإن باعها من غيره .. لم يصح ؛ لأنه لا يتنفع بالرقبة من غير منفعة .

فإن أعتقها مالك الرقبة .. صح عتقه ؛ لأن العتق صادق ملكه ، وللموصى له أن يستوفي منفعته ؛ لأنه ملكها قبل العتق ، فهو كما لو استأجر رجل عبداً ثم أعتقه ماله .

ولا يرجع المعتق على الذي أعتقه بشيء ، بخلاف العبد إذا أجره سيده ثم أعتقه قبل انقضاء الإجارة .. فإنه يرجع عليه بأجرته بعد العتق في أضعف القولين .

والفرق بينهما : أن السيد هناك ملك عوض منفعته ، وهاتنا : الوارث لم يملك عوض منفعته ، فلذلك لم يرجع عليه بشيء .

فرعٌ : [طلب مضاربة المال بعد الموت والربح نصفين] :

إذا دفع رجل إلى رجل مالا ، وقال : إذا مت .. فتصرف فيه بالبيع والشراء ، وما حصل فيه من الربح فلك نصفه ، فمات .. فلا يجوز له أن يتصرف فيه .
وأختلف أصحابنا في علته :

فقال أبو الحداد : لأن المال قد انتقل إلى ملك وارث الموصي .

ومنهم من قال : هذه العلة غير صحيحة ؛ لأنه لو أوصى لرجل بمنفعة داره أو عبده .. صح وإن كان قد انتقل إلى ملك وارثه ، وإنما العلة : أنه لم يوص له بعين ولا

منفعة عين مع بقائها ، فلم يصح ، كما لو أوصى أن يُقرض^(١) فلان كذا وكذا من ماله .

وقال القاضي أبو الطيب : إنما لم يصح لأنه عقد مضاربة على شرط مستقبل ، فلم يصح ، كما لو قال : قارضتك على هذا المال إذا قديم الحاج .

فرع : [أوصى بعتاء لجماعة] :

إذا قال : أعطوا زيداً عشرة من ثلثي ، وعبد الله عشرة من ثلثي ، وخالداً خمسة من ثلثي ، وقدموا خالداً على عبد الله ، وكان ثلثه عشرين . أعطى زيداً ثمانية ، وخالداً خمسة ، وعبد الله سبعة ؛ لأن الوصية تزيد على الثلث بالخمس . فلو لم يقل : قدموا خالداً على عبد الله . لوجب أن ينقص كل واحد منهم خمس ما وصى له به ، فلما قال : قدموا خالداً على عبد الله . اقتضى ذلك توفير حصّة عبد الله على خالد ، ويُجعل نقصان حقه من حق عبد الله .

ولو قال : قدموا خالداً على زيد . لأعطى زيد سبعة ، وعبد الله ثمانية ، وخالد خمسة .

مسائل من الدور^(٢) في الهبة : لو أن مريضاً وهب لرجل عبدًا يساوي مئة ، فقبضه الموهوب له بإذنه ، ثم إن الموهوب له مرض ، فوهب ذلك العبد من الذي وهبه منه وأقبضه إيّاه ، ولا مال لهما غيره ، وماتا^(٣) من مرضهما ذلك ، ولم يُجز ورثتهما ، فإن قلنا : إن الاعتبار بالتركة حال الوصية . فلا دور في هذه المسألة وأشباهاها ، بل تصح هبة الأول في ثلث العبد ، ثم يرجع إليه من ذلك الثلث ثلثه - وهو : التسع - .

وإن قلنا بالمدّ ، وأن الاعتبار بالتركة حال موت الموصي . وقَعَ الدور ؛ لأن الموهوب لمّا وهب للواهب . أزدادت تركته ، فتصح هبته في أكثر من ثلث العبد ، ثم

(١) في حاشية نسخة : (لا فرق بين القرض والبيع في غيره محابة) .

(٢) الدور - عند المناطق - : (توقف كل من الشيئين على الآخر) .

(٣) أي كل من الواهب والموهوب له .

تصحُّ هبةُ الثاني في ثلث ما صحَّ له من العبدِ ، فأحتيجُ إلى قطعِ الدَّورِ فنقولُ : صحَّتْ هبةُ الأوَّلِ في شيءٍ من العبدِ ، فلمَّا وَهَبَهُ الموهوبُ من الواهبِ . . رجَعَ إلى الواهبِ ثلثُ ذلك الشيءِ ، فماتَ الواهبُ الأوَّلُ وفي يدِ ورثتهِ عبدٌ يساوي مئةً إلَّا ثلثي شيءٍ تعدلُ شيئينِ ، فأجْبِرُ المئةَ بثلثي الشيءِ الذي نَقَضَتْ بهِ المئةُ ، ورَدَّ ذلكَ على الشَّيْئَيْنِ المعادلَيْنِ لَهَا ، فتصيرُ مئةً تعدلُ شيئينِ وثلثي شيءٍ ، فأقسِطُ الشَّيْئَيْنِ أَثْلَاثًا ، وضمَّ إليه ثلثي الشيءِ فيصيرُ ثمانيةَ أجزاءٍ ، فالشيءُ الكاملُ ثلاثةُ أجزاءٍ من ثمانيةٍ - وهو الذي صحَّتْ بهِ هبةُ الأوَّلِ - ثمَّ يرجعُ إلى الأوَّلِ من هبةِ الثاني جزءٌ من الثلاثةِ ، فيصيرُ مع ورثتهِ سِتَّةَ أثمانِ العبدِ - وهو مثلاً ما صحَّتِ الهبةُ منه فيه - ويبقى مع ورثةِ الثاني جزءانِ من ثمانيةٍ - وهو مثلاً ما صحَّتِ الهبةُ منه فيه - .

فلو أنَّ الواهبَ الأوَّلَ أعتقَ هذا العبدَ بعدَ أنِ أَتَهَبَهُ من الثاني . . فإنَّ أبا العبَّاسِ ابنَ سريجٍ قالَ : يدخلُ^(١) عتقه في تمامِ الثُّلثِ - وهو سهمانِ من أربعةٍ وعشرينَ - فيكونُ لورثةِ الموهوبِ له الأوَّلِ^(٢) أربعةُ أسهمٍ ، ويعتقُ منه سهمانِ ، ويبقى لورثةِ الواهبِ الأوَّلِ سِتَّةَ عشرَ سهماً مثلاً ما خرجَ منه بالهبةِ والعتقِ .

وقالَ ابنُ اللَّبَّانِ : لهذا خطأً ، بل لا يعتقُ منه شيءٌ ؛ لأنَّه بدأ بالهبةِ قَبْلَ العتقِ ولمَّ يحتملِ الثُّلثُ للهبةِ أَكْثَرَ من ثلاثةِ أثمانِهِ ، فكيفَ يصحُّ العتقُ بعده^(٣) ؟ ولأنَّ هبةَ الأوَّلِ قد صحَّتْ في تسعةِ أسهمٍ من أربعةٍ وعشرينَ ، ثمَّ يصحُّ عتقه في سهمينِ ، فيؤدِّي إلى أنْ تصحَّ وصيتهُ في أحدَ عشرَ من أربعةٍ وعشرينَ ، ويبقى مع ورثتهِ ثلاثةَ عشرَ^(٤) ، وذلكَ أَقلُّ من مثلي ما خرجَ منه بالوصيةِ . . وذلكَ لا يجوزُ .

(١) في (م) : (ينفذ) .

(٢) يعني الثاني .

(٣) في حاشية نسخة : (وتفسد من وجه آخر : وهو أنه أجاز هبته في تسعة أسهم ، وعتقه في سهمين ، فصار جميع وصيته أحد عشر سهماً ، ثم جعل للورثة ستة عشر سهماً ، وذلك أقل من مثلي ما أخرجه بالوصية ، فصارت الوصية أكثر من الثلث . من « مختصر ابن اللبان ») .

(٤) في هامش نسخة : (صوابه : ستة عشر ؛ لأنه قد رجع إلى ورثته من التسعة ثلثها بالهبة الثانية) .

فَإِنْ لَمْ يُعْتَقْهُ الْأَوَّلُ وَلَكِنْ خَلَّفَ الْوَاهِبُ الثَّانِي سِتِّينَ دِرْهَمًا . . فَإِنَّكَ تَقُولُ : تَصْخُ هَبَةُ الْأَوَّلِ فِي شَيْءٍ مِنَ الْعَبْدِ ، وَتَصْخُ هَبَةُ الثَّانِي فِي ثُلْثِ ذَلِكَ الشَّيْءِ وَفِي قَدْرِ ثُلْثِ الدَّرَاهِمِ الَّتِي تَرَكَهَا ، فَيَكُونُ مَعَ وَرَثَةِ الْأَوَّلِ مِثْلُهُ وَعَشْرُونَ دِرْهَمًا إِلَّا ثُلْثِي شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ شَيْئَيْنِ وَثُلْثِي شَيْءٍ ، الشَّيْءُ الْوَاحِدُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ مِثْلُهُ وَعَشْرِينَ - وَهُوَ خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ - وَهُوَ الَّذِي صَحَّتْ فِيهِ هَبَةُ الْأَوَّلِ - وَهُوَ رُبُعُ الْعَبْدِ وَخُمْسُهُ - فَإِذَا أَنْضَمَّ ذَلِكَ إِلَى تَرَكَةِ الْوَاهِبِ الثَّانِي . . كَانَتْ تَرَكَّتُهُ مِثْلُهُ وَخَمْسَةٌ ، فَتَصْخُ هَبَتُهُ فِي قَدْرِ ثُلْثِ ذَلِكَ - وَهُوَ خَمْسَةٌ وَثَلَاثُونَ - وَهُوَ ثُلْثُ شَيْءٍ وَعَشْرُونَ دِرْهَمًا ، فَإِذَا ضُمَّتْ ذَلِكَ إِلَى خَمْسَةِ وَخَمْسِينَ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ بَعْدَ الْهَبَةِ الْأُولَى . . صَارَ ذَلِكَ تَسْعِينَ - وَهُوَ مِثْلًا مَا صَحَّتْ فِيهِ هَبَةُ الْأَوَّلِ - وَيَبْقَى لَوَرَثَةِ الْوَاهِبِ الثَّانِي عَشْرُ الْعَبْدِ ، وَقِيَمَتُهُ عَشْرَةٌ وَسِتُّونَ دِرْهَمًا^(١) - وَهُوَ مِثْلًا مَا صَحَّتْ فِيهِ هَبَتُهُ .

فَرَعٌ : [وَهَبَ أَخَاهُ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ فَمَاتَ قَبْلَهُ] :

وَإِنْ وَهَبَ رَجُلٌ مَرِيضٌ لِأَخِيهِ مِثْلَهُ دِرْهَمًا ، وَأَقْبَضَهُ إِثَّاها ، فَمَاتَ الْأَخُ الْمُوْهَبُ لَهُ أَوَّلًا ، وَخَلَّفَ بَنَاتًا وَأَخَاهُ الْوَاهِبُ لَهُ ، ثُمَّ مَاتَ الْوَاهِبُ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ ، وَلَا مَالَ لَهُمَا غَيْرُ هَذِهِ الْمِثْلَةِ . . فَإِنَّكَ تَقُولُ : صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْمِثْلَةِ ، فَلَمَّا مَاتَ الْمُوْهَبُ لَهُ . . وَرَثَ الْوَاهِبُ نِصْفَ ذَلِكَ الشَّيْءِ ، فَبَقِيَ فِي يَدِ وَرَثَتِهِ مِثْلُهُ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ الْمِثْلَةُ شَيْئَيْنِ وَنِصْفَ شَيْءٍ ، فَالشَّيْءُ خُمُسَا الْمِثْلَةِ - وَهُوَ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا - وَهُوَ الَّذِي صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ ، فَلَمَّا مَاتَ الْمُوْهَبُ لَهُ . . وَرَثَ الْوَاهِبُ مِنْهُ عَشْرِينَ ، فَيَصِيرُ مَعَ وَرَثَتِهِ ثَمَانُونَ ، وَهُوَ مِثْلًا هَبَتِهِ .

فَإِنْ تَرَكَ الْمُوْهَبُ لَهُ مِثْلَهُ غَيْرَ الْمِثْلَةِ الْمُوْهَبَةِ . . فَإِنَّكَ تَقُولُ : صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْمِثْلَةِ الْمُوْهَبَةِ ، ثُمَّ يَرِثُ الْوَاهِبُ نِصْفَ ذَلِكَ الشَّيْءِ وَنِصْفَ الْمِثْلَةِ الَّتِي تَرَكَهَا الْمُوْهَبُ لَهُ ، فَيَبْقَى فِي يَدِ وَرَثَةِ الْوَاهِبِ مِثْلُهُ وَخَمْسُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ،

(١) فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةِ : (هَذَا كَلَامٌ مُسْتَقِيمٌ ؛ لِأَنَّ الْوَرِثَةَ بَقِيَ لَهُمْ جُزْءٌ مِنَ الْعَبْدِ) .

فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلْتُ^(١) شَيْئِينَ وَنَصَفَ شَيْءٌ ، وَالشَّيْءُ الْكَامِلُ^(٢) خُمُسًا ذَلِكَ - وَهُوَ سِتُّونَ دِرْهَمًا - فَتَصْحُ الْهَبَةُ فِي سِتِّينَ دِرْهَمًا مِنَ الْمِثَّةِ ، وَيَبْقَى مِنْهَا أَرْبَعُونَ ، فَيَصِيرُ مَعَ الْمَوْهوبِ لَهُ مِثَّةٌ وَسِتُّونَ ، فِيرِثُ الْوَاهِبُ نِصْفَ ذَلِكَ - وَهُوَ ثَمَانُونَ - مَعَ الْأَرْبَعِينَ الَّتِي بَقِيَتْ مِنَ الْمِثَّةِ فَيَصِيرُ مَعَ وَرَثَتِهِ مِثَّةٌ وَعِشْرُونَ ، وَهُوَ مِثْلًا هَبْتِهِ .

وهكذا : الْحَكْمُ فَيَمَنَ وَهَبَ زَوْجَتَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ مِثَّةٌ ، وَمَاتَتِ الزَّوْجَةُ قَبْلَهُ وَلَمْ تَخْلُفْ وَلَدًا ، وَوَرِثَهَا الزَّوْجُ .

فَإِنْ مَاتَتِ الزَّوْجَةُ وَلَا مَالٌ لَهَا غَيْرُ الْمِثَّةِ الَّتِي وَهَبَهَا الزَّوْجُ ، وَعَلَيْهَا دِينَ عَشْرَةٌ . . فَحَسَابُهُ أَنْ نَقُولَ : تَصْحُ الْهَبَةُ لِلزَّوْجَةِ فِي شَيْءٍ مِنَ الْمِثَّةِ ، يَخْرُجُ مِنْ ذَلِكَ الشَّيْءِ عَشْرَةٌ دَيْنُهَا ، ثُمَّ يَرِثُ الزَّوْجُ نِصْفَ مَا بَقِيَ بَعْدَ الدَّيْنِ ، وَهُوَ نِصْفُ شَيْءٍ إِلَّا خُمُسَةً ، فَيَحْصُلُ لَوَرِثَةِ الزَّوْجِ خُمُسَةٌ وَتِسْعُونَ دِرْهَمًا إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئِينَ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلْتُ شَيْئِينَ وَنِصْفًا ، فَالشَّيْءُ خُمُسًا خُمُسَةً وَتِسْعِينَ - وَهُوَ ثَمَانِيَةٌ وَثَلَاثُونَ^(٣) - وَهُوَ الَّذِي صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ ، فَيَخْرُجُ مِنْهُ دَيْنُ الْمَرَأَةِ - عَشْرَةٌ - فَيَبْقَى ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ ، فِيرِثُ الزَّوْجُ نِصْفَ ذَلِكَ - وَهُوَ أَرْبَعَةٌ عَشَرَ - وَهُوَ نِصْفُ شَيْءٍ إِلَّا خُمُسَةً دِرْهَمًا ، فَإِذَا أُضِيفَتِ الْأَرْبَعَةُ عَشَرَ إِلَى اثْنَيْنِ وَسِتِّينَ - الَّذِي بَقِيَ مِنَ الْمِثَّةِ - صَارَ ذَلِكَ سِتَّةً وَسَبْعِينَ ، وَهُوَ مِثْلًا مَا صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ .

وَإِنْ كَانَ الزَّوْجَانِ مَرِيضَيْنِ ، وَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِثَّةٌ لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا ، فَوَهَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِثَّتَهُ لِصَاحِبِهِ وَأَقْبَضَهُ ، ثُمَّ مَاتَا مِنْ مَرَضِهِمَا ذَلِكَ ، وَلَا وَلَدَ لِوَاحِدٍ^(٤) مِنْهُمَا :

فَإِنْ مَاتَتِ الزَّوْجَةُ أَوَّلًا . . بَطَلَتْ هَبَتُهَا لِلزَّوْجِ ؛ لِأَنَّهُ وَارِثُهَا فَتَصْحُ الْهَبَةُ مِنَ الزَّوْجِ لَهَا فِي شَيْءٍ ، وَيَرِثُ الزَّوْجُ نِصْفَهُ وَنِصْفَ الْمِثَّةِ الَّتِي خَلَفَتْهَا ، فَيَصْحُ مَعَ وَرَثَةِ الزَّوْجِ مِثَّةٌ وَخَمْسُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلْتُ شَيْئَيْنِ وَنِصْفَ شَيْءٍ ،

(١) أَيِ الْمِثَّةِ وَالْخَمْسُونَ .

(٢) فِي (م) : () وَنِصْفَا الشَّيْءِ الْكَامِلُ خُمُسًا) .

(٣) يَصُورُ ذَلِكَ الشَّيْءُ : $38 = 5 / 190 = 1 / 95 \times 5 / 2$

(٤) فِي (م) : (لِأَحَدِهِمَا) .

والشيءُ خُمساً ذلك^(١) - وهو سِتُونَ درهماً - فيُضْمُّ ذلكُ إلى مئةِ الزوجةِ ، فيرثُ الزوجُ نصفَ ذلكَ - وهو ثمانونَ - معَ الأربعينَ التي بقيتْ مِنْ مئةِ الزوجِ^(٢) ، فذلكَ مئةٌ وعشرونَ ، وهو مثلاً هبتهُ لها .

وإن مات الزوجُ أولاً . . بطلتْ هبتهُ لها ؛ لأنها وارثتهُ ، ويصحُّ للزوجِ مِنْ هبتها شيءٌ ، ثم ترثُ الزوجةُ رُبْعَهُ ورُبْعَ المئةِ التي خلفها الزوجُ ، فيجتمعُ لورثتها مئةٌ وخمسةٌ وعشرونَ درهماً إلا ثلاثةَ أرباعِ شيءٍ يعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عدلتُ شيئينِ وثلاثةَ أرباعِ شيءٍ ، فإذا قَسَطْتُ^(٣) الشَّيْئَيْنِ أرباعاً معَ ثلاثةِ أرباعِ شيءٍ . . كانَ ذلكَ أحدَ عشرَ جزءاً ، الشيءُ الكاملُ : أربعةَ أجزاءٍ مِنْ أحدَ عشرَ جزءاً مِنْ مئةٍ وخمسةٍ وعشرينَ ، وذلكَ خمسةُ أجزاءٍ مِنْ أحدَ عشرَ جزءاً مِنْ مئةِ الزوجةِ فتُضْمُّ هذهُ الأجزاءُ إلى مئةِ الزوجِ - وهي أحدَ عشرَ جزءاً - فيكونُ له سِتَّةُ عشرَ جزءاً ، ترثُ الزوجةُ مِنْهُ أربعةَ أجزاءٍ ، فتُضْمُّهُ إلى سِتَّةِ أجزاءٍ بقيتْ مِنْ مئةِ الزوجةِ . . فذلكَ عشرةُ أجزاءٍ ، وهو مثلاً ما صحَّتْ فيه هبتها .

فإن غَرِقَا وَلَمْ يُعْلَمْ أَيهما ماتَ أولاً . . لَمْ يَرِثْ أَحدهُما صاحِبَهُ ، وصحَّتِ الوصِيَّةُ لكلِّ واحدٍ مِنْهُمَا مِنْ صاحِبِهِ ، فنقولُ :

يكونُ^(٤) للمرأةِ بهبةِ الزوجِ شيءٌ تُضْمُّهُ إلى المئةِ التي لها ، فيجوزُ للزوجِ مِنْ ذلكَ وصِيَّةٌ فيبقى لورثتها مئةٌ درهمٍ وشيءٌ إلا وصِيَّةً تعدلُ وصيَّتَيْنِ ، فإذا جُبرَتْ . . صارتِ المئةُ والشيءُ يعدلانِ ثلاثَ وصايا ، الوصِيَّةُ الواحدةُ ثلاثةٌ وثلاثونَ درهماً وثلثُ درهمٍ وثلثُ شيءٍ ، فإذا ضُمَّتْ ذلكَ إلى تركَةِ الزوجِ . . صارتْ تركتُهُ مئةً وثلاثةٌ وثلاثينَ درهماً وثلثُ درهمٍ إلا ثلثي شيءٍ يعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عدلتُ شيئينِ وثلثي شيءٍ ، الشيءُ الكاملُ ثلاثةُ أثمانٍ مئةٍ وثلاثةٌ وثلاثينَ وثلثُ درهمٍ وهو خمسونَ

(١) ويكون المبلغ مئة وخمسين .

(٢) ويكون من مئة وستين ، لأن ملك الزوجة مئة ، والستون من هبة زوجها لها .

(٣) في (م) : (بسطت) .

(٤) في (م) : (نجوز) .

درهماً . وهو الجائرُ بهبةِ الزوج فيخرجُ منه للزوج وصيةً وقد كانت قيمةُ الوصيةِ ثلثَ شيءٍ وثلاثةٌ وثلثينَ درهماً وثلثَ درهمٍ ، فإذا ضُمَّتْ ذلكَ . . كانَ خمسينَ درهماً ، فيصْحُ معَ ورثةِ الزوجِ مئةً مثلاً ما صَحَّتْ فيه هبتهُ ، وتصْحُ معَ ورثةِ الزوجةِ مئةً مثلاً ما صَحَّتْ هبتها فيه . وإنما يفيدُ ذلكَ في قَدْرِ اِنْتِقَالِ المِلْكِ لكلِّ واحدٍ منهما مِنْ مئةٍ صاحبه .

مسألة : [وهب جارية فأنت بزيادة من مهر أو كسب أو ولد] :

إذا وَهَبَ في مرضٍ موتهِ لغيرهِ جاريةً قيمتها مئةٌ ، لا مالَ له غيرها ، وأَقْبَضَهُ إِيَّاهَا ، فوطئَهَا رجلٌ بشبهةٍ قَبْلَ موتِ سيِّدها ، ومَهَّرَ مثلَهَا خمسونَ درهماً ، أو كسبتْ هَذِهِ الجاريةُ بعدَ الهبةِ والقبضِ وَقَبْلَ موتِ سيِّدها خمسينَ درهماً :

فإن قلنا : تصْحُ هبةُ المريضِ فيما زادَ على ثلثِ تركتهِ ، وإِجازةُ الورثةِ تنفيذُ لِمَا فعلَهُ مورثُهُم . . فإنَّ جميعَ المهرِ والكسبِ للموهوبِ لَهُ ؛ لأنَّهُ حَدَثَ في ملكِهِ ، وإنما يرجعُ إلى الورثةِ ثُلثُها إذا لَمْ يُجِزُوا . ولا دَوْرَ في هَذَا .

وإن قلنا : لا تصْحُ هبةُ المريضِ فيما زادَ على ثلثِ تركتهِ ، وإِجازةُ الورثةِ لفعله ابتداءً عطيةً منهم . . فقد زادتْ تركَةُ الميتِ هَاهُنَا قَبْلَ موتهِ :

فإن قلنا : الاعتبارُ بالتركةِ حالَ الوصيةِ . . فلا دَوْرَ هَاهُنَا أيضاً ، فتصحُّ الهبةُ في ثلثِ الجاريةِ ، وتبطلُ في ثلثيها ، فيكونُ لورثةِ الواهبِ ثلثُ الجاريةِ ، وثلثُ المهرِ والكسبِ ، وللموهوبِ لَهُ ثلثُها ، وثلثُ مهرِها ، وثلثُ كسبِها .

وإن قلنا بالمذهبِ : إنَّ الاعتبارَ بالتركةِ عندَ موتِ الموصي وعليهِ التفرُّعُ . . كانَ هَاهُنَا دَوْرٌ ، فنقولُ : تصْحُ الهبةُ في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، فللموهوبِ لَهُ مِنَ المهرِ والكسبِ نصفُ شيءٍ ، وللواهبِ خمسونَ إلّا نصفَ شيءٍ ، فيكونُ معَ ورثتهِ مئةً وخمسونَ درهماً إلّا شيئاً ونصفَ شيءٍ يعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبرَتْ . . عدَلَتْ ثلاثةُ أشياءَ ونصفَ شيءٍ ، الشيءُ الكاملُ سُبْعاً مئةً وخمسينَ درهماً ، وهو ثلاثةُ أسباعِ الجاريةِ ، فتصحُّ الهبةُ في ثلاثةِ أسباعِها ، وتبطلُ في أربعةِ أسباعِها ، فيكونُ للواهبِ أربعةَ أسباعِ مهرِها وهو مهرٌ ما بطلتْ فيه الهبةُ - وذلكَ قدرُ سُبْعِي رقبتهَا - فيجتمعُ لِورثةِ الواهبِ

أربعة أسباع رَقَبَتِهَا ومثلُ سُبُعِي رَقَبَتِهَا مِنَ المهرِ وذلك^(١) مثلاً ما صَحَّتْ فِيهِ الهبةُ ويكونُ للموهوبِ له على الواطيء ثلاثة أسباعٍ مهرِها بقَدَرٍ ما صَحَّتْ فِيهِ الهبةُ يأخذهُ بغيرِ وصِيَّةٍ .

فإن حَبَلَتْ مِنْ هَذَا الوطءِ وولَدَتْ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهَا وَلَدًا قِيمَتُهُ خَمْسُونَ درهماً يَوْمَ وَلَدَ . . . أَرَدَدَتْ تَرَكَةً الموصيُ بِهِ أيضاً كالمهرِ ، وحسابه : أَنَّ الهبةَ تَصْخُ في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، ويلزُمُ الواطيءُ المهرُ خَمْسُونَ ، للموهوبِ لَهُ مِنْهُ نِصْفُ شيءٍ بغيرِ وصِيَّةٍ ، ويلزُمُ الواطيءُ قِيمَةُ الولدِ خَمْسُونَ ، للموهوبِ لَهُ مِنْهَا نِصْفُ شيءٍ أيضاً بغيرِ وصِيَّةٍ ، والباقي مِنَ المهرِ والقِيمَةِ للواهبِ . . فيجتمَعُ لَوَرَثَةِ الواهبِ مِثْلًا درهماً إِلا شَيْئَيْنِ ، تعدلُ شَيْئَيْنِ مِثْلَي الوصِيَّةِ ، فَإِذَا جُبرَتْ . . عَدَلَتْ المِثْلَانِ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، الشيءُ الواحدُ رُبْعُ ذَلِكَ - وهو خَمْسُونَ - وهو نِصْفُ الجاريةِ ، وتَصْخُ الهبةُ فِي نِصْفِ الجاريةِ وقِيمَتُهُ خَمْسُونَ ، وتَبْطُلُ فِي نِصْفِهَا وقِيمَتُهُ خَمْسُونَ ، فيلزُمُ الواهبُ نِصْفُ المهرِ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ، ونِصْفُ قِيمَةِ الولدِ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ، فَذَلِكَ كُلُّهُ مِثْلًا ما صَحَّتْ فِيهِ هِبَتُهُ ، وللموهوبِ لَهُ نِصْفُ المهرِ وقِيمَةُ نِصْفِ الولدِ بغيرِ وصِيَّةٍ .

فإن وَلَدَتْ الجاريةُ مِنْ هَذَا الوطءِ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهَا . . فهل يَكُونُ الولدُ زائداً فِي التركة ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، حَكَاهُمَا أَبْنُ اللَّبَّانِ :

أحدهما : لا يَكُونُ زائداً فِي التركة ؛ لِأَنَّ الولدَ حَدَثَ بَعْدَ مَوْتِهِ^(٢) فيكونُ حَدَثًا فِي مِلْكِ الوَرِثَةِ والموهوبِ لَهُ فيكونُ الحِسابُ كما لو لم يَكُنْ هُنَاكَ وارِثٌ .

والثاني : أَنَّهُ يَكُونُ زائداً فِي التركة ؛ لِأَنَّ الولدَ قَدْ كَانَ موجوداً فِي مِلْكِ السَيِّدِ^(٣) ، وَإِنَّمَا تَأَخَّرَ التَّقْوِيمُ إِلَى الوَضْعِ ، فيكونُ الحِسابُ كما لو وَلَدَتْ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهَا .

(١) فِي (م) : (بقدر وذلك) .

(٢) أَي : الموصي .

(٣) فِي نسخة : (الميت) .

فرعٌ : [وَهَبَ جارية عند موته لا مال له غيرها ثم وُطِنَهَا] :

وإنَّ وَهَبَ رَجُلٌ فِي مَرَضِهِ الْمُخُوفِ لغيرِهِ جاريةً قِيمَتُهَا مِثْلُهُ ، لا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا ، وَأَقْبَضَهُ إِثَّانًا ، ثُمَّ وَطِنَهَا الْوَاهِبُ ، ثُمَّ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ ، وَمَهْرُ مِثْلِهَا خَمْسُونَ ، وَلَمْ يُجْزَ وَرَثَتُهُ الْهَبَةَ :

فإنَّ قُلْنَا : تَصَحُّ هَبَتُهُ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ ، وَإِجَازَةُ الْوَرِثَةِ تَنْفِذُ لِمَا فَعَلَهُ . . لَزِمَ الْوَاهِبَ جَمِيعُ مَهْرِهَا لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، فَإِنْ طَالَبَ بِالمَهْرِ . . يَبِيعَ لَهُ نِصْفُهَا بِالمَهْرِ ، وَكَانَ لَهُ ثُلُثٌ مَا بَقِيَ ، وَهُوَ سُدُسُهَا بِالْهَبَةِ . وَإِنْ اخْتَارَ الْمَوْهُوبُ لَهُ أَنْ يَمْلِكَ نِصْفَهَا بِالمَهْرِ . . كَانَ أَحَقَّ بِهِ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ ، فَيَكُونُ لَهُ بِمَهْرِهِ وَهَبَتِهِ ثُلَاثًا .

وإنَّ قُلْنَا : لا تَصَحُّ هَبَةُ الْمَرِيضِ فِيمَا زَادَ عَلَى ثُلْثِ تَرْكِهِ ، وَإِجَازَةُ الْوَرِثَةِ لَذَلِكَ أَبْتَدَأَ هَبَةً مِنْهُمْ . . وَجَبَ عَلَى الْوَاهِبِ مَهْرُ مَا صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَإِنْ أَبْرَأَهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ مِمَّا وَجَبَ لَهُ مِنَ الْمَهْرِ . . صَحَّتْ لَهُ الْهَبَةُ فِي ثُلْثِ الْجَارِيَةِ ، وَبَطُلَتْ فِي ثُلَاثِهَا . وَإِنْ طَالَبَ بِمَا وَجَبَ لَهُ مِنَ الْمَهْرِ . . فَحَسَابُهُ أَنْ يَقُولَ :

تَصَحُّ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْجَارِيَةِ ، وَعَلَى الْوَاهِبِ مَهْرُ مَا صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ ، وَهُوَ نِصْفُ شَيْءٍ بغيرِ وَصِيَّةٍ ، فَيَبْقَى فِي يَدِ وَرَثَةِ الْوَاهِبِ جاريةً قِيمَتُهَا مِثْلُهُ إِلَّا شَيْئًا وَنِصْفَ شَيْءٍ تَعْدَلُ مِثْلِي الْوَصِيَّةِ - وَهُوَ شَيْئَانِ - فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءٍ وَنِصْفَ شَيْءٍ ، وَالشَّيْءُ الْكَامِلُ سَهْمَانِ مِنَ سَبْعَةٍ ، فَتَصَحُّ الْهَبَةُ فِي سُبْعِي الْجَارِيَةِ ، وَتَبْطُلُ فِي خَمْسَةِ أَسْبَاعِهَا ، فَيَلْزِمُ الْوَاهِبَ سُبْعَا الْمَهْرِ ، وَهُوَ قَدْرُ سُبْعِ رَقَبَتِهَا يَبَاعُ فِي الْمَهْرِ ، وَيَبْقَى فِي يَدِ وَرَثَةِ الْوَاهِبِ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعِ الْجَارِيَةِ ، وَهُوَ مِثْلًا مَا صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ . هَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ .

وَحَكَى أَبُو سُرَيْجٍ فِي الْمَهْرِ وَجْهَيْنِ آخَرَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ مَا لَزِمَ الْوَاهِبَ مِنَ الْمَهْرِ يَكُونُ مِنَ الثُّلُثِ .

فَعَلَى هَذَا : تَصَحُّ الْهَبَةُ فِي تَسْعِي الْجَارِيَةِ ، وَيَلْزِمُهُ تِسْعَا مَهْرِهَا ، وَهُوَ مِثْلُ تِسْعِ رَقَبَتِهَا ، وَيَبْقَى فِي يَدِ وَرَثَتِهِ سِتَّةُ أَتْسَاعِهَا ^(١) .

(١) فِي (م) بَدَلُ (الْأَتْسَاعِ) : (أَسْبَاعِ) فِي الْجَمِيعِ .

والثاني : أَنَّ المهرَ هَدَرٌ . وقد مضى ذكرُهما .

وإِنْ وَلَدَتْ مِنْ وَطءِ السَّيِّدِ وَلَدًا قِيمَتُهُ خَمْسُونَ درهماً :

فَإِنْ قُلْنَا : تصحُّ هبةُ المريضِ فيما زادَ على ثلثِ تركتهِ ، وإِجازةُ الورثةِ تنفيذُ لَمَّا فعلهُ الميتُ . . لَزِمَ الواهبُ جميعَ المهرِ وجميعَ قيمةِ الولدِ ، وبيعتِ الجاريةُ بهما للموهوبِ لَهُ .

وإِنْ قُلْنَا : لا تصحُّ هبتهُ فيما زادَ على ثلثِ تركتهِ ، وإِجازةُ الورثةِ ابتداءُ عطيةٍ منهم . . بطلتِ الهبةُ ، وعتقتُ بالإحبالِ مِنْ رأسِ المالِ ؛ لأنَّهُ لا ثلثَ لَهُ فتصحَّ الوصيةُ .

فَإِنْ تركَ الواهبُ مِئتي درهمٍ : صحَّتِ الهبةُ في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، وعليه نصفُ شيءٍ مِنْ مهرِها ، وعليه نصفُ شيءٍ مِنْ قيمةِ وَلَدِها ، ولا يقومُ عليه^(١) ما صحَّت فيه الهبةُ مِنَ الجاريةِ ؛ لأنَّهُ كالمُعسرِ في هذهِ الحالِ ؛ لأنَّ الهبةَ قدِ استغرقتِ الثلثَ ، فصَارَ كَمَنْ أعتقَ بعدَ أَنْ وَهَبَ ثلثَ ماله ، فلا يصحُّ عتقه ، ولا يعتقُ باقي الأَمَةِ بالإحبالِ مِنْ رأسِ المالِ ، ويبقى في يدِ الورثةِ مِئتا درهمٍ إلَّا شيئاً تعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبِرتُ . . عَدَلَتْ ثلاثةُ أشياءَ ، فإذا قُسِمَتِ المِئتانِ على الأشياءِ الثلاثةِ . . أصابَ كُلَّ شيءٍ ثلثا مئةٍ - وهو ثلثا الجاريةِ - وهو ما صحَّت فيه الهبةُ ، ويلزمُ الواهبُ ثلثا مهرِها وثلثا قيمةَ وَلَدِها مِنَ المِئتينِ - وهو ثلثا مئةٍ - فيبقى مِئَةٌ وثلاثةُ وثلاثونَ وثلثُ درهمٍ ، وهو مثلاً^(٢) ما صحَّت فيه الهبةُ .

فَإِنْ لَمْ يَطْأها الواهبُ وَلَكِنْ وَطَّأها الموهوبُ لَهُ بعدَ أَنْ قبضَها وقَبَلَ موتِ الواهبِ^(٣) . . وَجِبَ عليه مهرٌ ما بطلتْ فيه الهبةُ ، وأزدادتِ التركةُ والهبةُ ، وحسابُهُ : تصحُّ الهبةُ في شيءٍ مِنَ الجاريةِ ، ويجبُ على الموهوبِ لَهُ مِنَ المهرِ خَمْسُونَ درهماً إلَّا نصفَ شيءٍ ، فيحصلُ للورثةِ مِئَةٌ وخمسونَ إلَّا شيئاً ونصفَ شيءٍ تعدلُ شيئينِ ، فإذا

(١) في حاشية نسخة : (أي لا يسري الإحبال ، فيقوم عليه) .

(٢) لأن ما صحت فيه الهبة ست وستون وثلثا درهم .

(٣) في هامش نسخة : (وقلنا : إجازة الورثة ابتداء عطية لو أجازوا مثلاً) .

جُبِرَتْ.. عَدَلَتْ ثَلَاثَةَ أَشْيَاءَ وَنَصَفَ شَيْءٍ - وَالشَّيْءُ سُبْعَا ذَلِكَ - وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِ الْجَارِيَةِ ، فَتَصَحُّ الْهَبَةُ فِي ثَلَاثَةِ أَسْبَاعِهَا ، وَتَبْطُلُ فِي أَرْبَعَةِ أَسْبَاعِهَا ، وَيَلْزَمُ الْمَوْهُوبُ لَهُ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعٍ مَهْرَهَا - وَهُوَ مِثْلُ سُبْعِي رَقَبَتِهَا - فَإِذَا ضَمَمْتَ ذَلِكَ إِلَى مَا بَطَلَتْ فِيهِ الْهَبَةُ.. كَانَ سِتَّةَ أَسْبَاعِهَا ، وَهُوَ مِثْلًا مَا صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ .

وَإِنْ حَبَلَتْ مِنْ هَذَا الْوَطْءِ ، وَوَلَدَتْ مِنْهُ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهَا وَلَدًا قِيمَتُهُ خَمْسُونَ دِرْهَمًا.. فَفِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَلَا يَلْزَمُ الْمَوْهُوبُ لَهُ مِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهَا تَضَعُهُ فِي مِلْكِهِ .

فَعَلَى هَذَا : يَلْزَمُهُ قِيمَةُ مَا بَطَلَتْ فِيهِ الْهَبَةُ - وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعِهَا - وَيَلْزَمُهُ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعٍ مَهْرَهَا .

وَالثَّانِي : يَلْزَمُهُ مِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ قَدْرُ مَا بَطَلَتْ فِيهِ الْهَبَةُ^(١) ؛ لِأَنَّهَا عَلَقَتْ بِهِ وَهُوَ لَا يَمْلِكُ جَمِيعَهَا .

فَعَلَى هَذَا : تَزْدَادُ التَّرَكَّةُ.. فَتَصَحُّ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَيَلْزَمُ الْمَوْهُوبُ لَهُ مِنَ الْمَهْرِ خَمْسُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، وَمِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ خَمْسُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، فَيَبْقَى فِي يَدِ الْوَرِثَةِ مِثْلَانِ إِلَّا شَيْئَيْنِ تَعْدُلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرْنَا.. عَدَلْنَا أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، الشَّيْءُ رُبْعُ الْمِثَّتَيْنِ ، وَذَلِكَ نِصْفُ الْجَارِيَةِ ، فَتَصَحُّ الْهَبَةُ فِي نِصْفِهَا ، وَيَلْزَمُهُ قِيمَةُ نِصْفِهَا وَنِصْفُ مَهْرَهَا وَنِصْفُ قِيمَةِ وَلَدِهَا ، وَذَلِكَ كُلُّهُ مِثْلًا مَا صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ .

وَعَلَى الْقَوْلِ الَّذِي يَقُولُ : تَصَحُّ هَبَةُ الْمَرِيضِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ ، وَإِجَازَةُ الْوَرِثَةِ إِنَّمَا هِيَ تَنْفِيزٌ لِمَا فَعَلَهُ الْمَيِّتُ.. لَا يَلْزَمُهُ الْمَهْرُ وَلَا قِيمَةُ الْوَلَدِ ، وَتَصَحُّ الْهَبَةُ فِي ثُلَاثِهَا ، وَعَلَيْهِ ثَلَاثُ قِيمَتِهَا لِلْوَرِثَةِ ، وَهُوَ مَا لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوا الْهَبَةَ فِيهِ .

وَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهَا :

فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ مِنْ قِيمَتِهِ.. فَلَا كَلَامَ .

(١) فِي حَاشِيَةِ نَسَخَةٍ : (لِسَرَايَةِ حَرَمَةِ الْاِسْتِيلَادِ إِلَيْهِ) .

وإن قلنا : يلزمه من قيمته بقدر ما بطلت فيه الهبة . . فهل تزداد التركة به هاهنا ؟ فيه وجهان ، مضى ذكرهما .

وإن وطئها الواهب والموهوب له في طهر واحد ، وأتت بوليد . . عرض على القافة ، فإن ألحقوه بالواهب ولا مال له غير الجارية . . جازت الهبة في شيء منها ، وعلى الواهب مهر ذلك الشيء - وهو نصف شيء - وعليه من قيمة الولد بقدر ما صححت فيه الهبة من الجارية - وهو نصف شيء - ويعتق باقي الأمة بالإحبال ، ولا يقوّم عليه ما صححت فيه الهبة ؛ لأنه كالمعسر به ، وعلى الموهوب له مهر ما بطلت فيه الهبة - وهو خمسون درهماً إلا نصف شيء - فيسقط من ذلك عنه ما وجب له على الواهب من المهر وقيمة الولد - وذلك شيء - فيبقى عليه خمسون درهماً إلا شيئاً ونصف شيء يعدل شيئين ، فإذا جبرته . . عدل ثلاثة أشياء ونصفاً ، فإذا قسّمت الخمسين على ذلك ؛ لأنه لا مال للواهب إلا ذلك . . كان الشيء الكامل سبعي الخمسين ، وذلك الذي صححت فيه الهبة - وهو سبُع ربة الجارية - ويعتق باقيها بالإحبال ، فيلزم الموهوب له ستة أسباع مهرها - وهو أثنان وأربعون درهماً وستة أسباع درهم - فيسقط من ذلك ما وجب له على الواهب ، وهو سبُع مهرها وسبُع قيمة الولد - وهو أربعة عشر درهماً وسبعا درهم - فيبقى على الموهوب له ثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درهم ، وهو مثلاً ما صححت فيه الهبة من رقبته ، وسواءً وطئها الواهب أولاً أو الموهوب له . لهذا إذا قلنا : إن هبته لا تصح فيما زاد على ثلث تركته ، وإجازة الورثة ابتداء عطية .

وأما إذا قلنا : تصح الهبة فيما زاد على الثلث وإجازة الورثة تنفيذ لما فعله الموصي . . فلا مهر على الموهوب له ؛ لأنه وطئها وهي في ملكه .

قال ابن اللبّان : وعلى الواهب جميع مهرها للموهوب له وجميع قيمة ولدها ، فتفسخ الهبة في الجارية وتباع ويُسلم إلى الموهوب له مهرها وقيمة ولدها مئة .

وإن ألحقت القافة الولد بالموهوب له :

فإن قلنا : لا تصح هبة المريض فيما زاد على الثلث ، فإن كان وطئ الواهب لها قبل وطئ الموهوب له . . فحسابه : أن تصح الهبة في شيء من الجارية ، وتبطل في

باقيةا ، فيلزم الواهب مهر ذلك الشيء - وهو نصف شيء - وعلى الموهوب له قيمة ما بطلت فيه الهبة من الجارية - وهو مئة درهم إلا شيئاً - وعليه مهر ما بطلت فيه الهبة - وهو خمسون درهماً إلا نصف شيء - وقيمة الولد - وهو خمسون درهماً إلا نصف شيء - فجميع ما يجب عليه مئتان إلا شيئين ، فيسقط عنه من ذلك ما وجب له على الواهب - وهو نصف شيء - فيبقى عليه مئتان إلا شيئين ونصفاً تعدل شيئين ، فإذا جبرتهما (١) . . . عدلتا أربعة أشياء ونصف شيء ، الشيء تسعا المئتين - وهو أربعة أضعاف الجارية ، وهو الذي صححت فيه الهبة - وقيمتها أربعة وأربعون درهماً وأربعة أضعاف درهم ، ويلزم الموهوب له قيمة خمسة أضعاف الجارية وخمسة أضعاف مهرها وخمسة أضعاف قيمة ولدها ؛ وذلك مئة درهم وأحد عشر درهماً وتسع دراهم . فإذا سقط عنه ما وجب له على الواهب - وهو أربعة أضعاف مهرها - ومبلغه أثنان وعشرون درهماً وتسع دراهم . . بقي عليه ثمانية وثمانون درهماً وثمانية أضعاف درهم ، وذلك مثلاً ما صححت فيه الهبة .

وإذا قلنا : لا يلزم الموهوب له قيمة الولد . . فإنه يؤدي مئة وخمسين درهماً إلا شيئاً ونصفاً ، ويسقط عنه ما على الواهب له - وهو نصف شيء - فيبقى عليه مئة وخمسون درهماً إلا شيئين تعدل شيئين ، فإذا جبرت . . عدلت أربعة أشياء ، الشيء ربع مئة وخمسين وهو ثلاثة أثمان الجارية ، فتصح فيه الهبة ، وقيمتها سبعة وثلاثون درهماً ونصف درهم ، ويلزم الموهوب له قيمة خمسة أثمانها وخمسة أثمان مهرها ، ويسقط عنه ثلاثة أثمان مهرها الذي على الواهب ، فيبقى عليه خمسة وسبعون درهماً ، وهو مثلاً الهبة .

وأما إذا قلنا : إن المريض تصح هبته فيما زاد على ثلث التركة وإجازة الوارث تنفيذ لما فعله الميت . . فلا مهر على الموهوب له ، ولا قيمة ولد ؛ لأنها ملكه يوم الوطء ، وعلى الواهب جميع مهرها للموهوب له - وهو خمسون درهماً - وذلك نصف قيمة الجارية ، وتصح الهبة في ثلث باقيةا - وهو سدسها - وعلى الموهوب له قيمة خمسة أسداسها ، فيقاص بقيمة نصفها من المهر له ويبقى عليه ثلاثة وثلاثون درهماً وثلث

درهم مثلاً الهبة ، وسواءً وَطَّئَهَا الْوَاهِبُ أَوْ لَا^(١) أَوْ الْمَوْهوبُ لَهُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ .
وإنَّ وَطَّئَهَا الْوَاهِبُ بَعْدَ وَطْءِ الْمَوْهوبِ لَهُ ، وَقُلْنَا : لَا تَصْخُّ هَبَةُ الْمَرِيضِ فِيمَا زَادَ
عَلَى ثُلْثِ تَرْكْتِهِ ، وَإِجَازَةُ الْوَرِثَةِ أَبْتَدَاءُ عَطِيَّةٍ مِنْهُمْ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا تَعْتَقُ حَصَّةُ الشَّرِيكِ
إِلَّا بَعْدَ آدَاءِ الْقِيَمَةِ . . كَانَ الْجَوَابُ فِيهَا كَمَا لَوْ وَطَّئَهَا الْوَاهِبُ قَبْلَ الْمَوْهوبِ .

وإنَّ قُلْنَا : تَعْتَقُ حَصَّةُ الشَّرِيكِ قَبْلَ آدَاءِ الْقِيَمَةِ . . كَانَ جَمِيعُهَا أُمَّ وَلَدٍ لِلْمَوْهوبِ
لَهُ ، وَيَكُونُ عَلَى الْوَاهِبِ جَمِيعُ مَهْرِهَا وَهُوَ خَمْسُونَ دِرْهَمًا ؛ لِأَنَّهُ وَطَّئَهَا بَعْدَ أَنْ صَارَتْ
أُمَّ وَلَدٍ لِلْمَوْهوبِ لَهُ ، فَيَلْزَمُ الْمَوْهوبُ لَهُ قِيَمَةُ مَا بَطَلَتْ فِيهِ الْهَبَةُ - وَهُوَ مِثْلُهُ إِلَّا شَيْئًا -
وَمَهْرُ ذَلِكَ - وَهُوَ خَمْسُونَ دِرْهَمًا إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ - يَسْقُطُ مِنْهَا مَا وَجَبَ لَهُ عَلَى الْوَاهِبِ -
وَهُوَ خَمْسُونَ دِرْهَمًا - يَبْقَى عَلَى الْمَوْهوبِ لَهُ مِثْلُهُ دِرْهَمٌ إِلَّا شَيْئًا وَنِصْفَ شَيْءٍ يَعْدُلُ
شَيْئَيْنِ إِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ وَنِصْفَ شَيْءٍ ، الشَّيْءُ سُبْعَا الْمِثْلَةِ ، فَتَصْخُّ الْهَبَةُ
فِي سُبْعِي الْجَارِيَةِ ، وَيَلْزَمُ الْمَوْهوبُ لَهُ قِيَمَةُ خَمْسَةِ أَسْبَاعِهَا وَخَمْسَةِ أَسْبَاعِ مَهْرِهَا ، إِذَا
سَقَطَ مِنْهُ خَمْسُونَ دِرْهَمًا . . بَقِيَ عَلَيْهِ سَبْعَةٌ وَخَمْسُونَ دِرْهَمًا وَسُبْعُ دِرْهَمٍ ، وَهُوَ مِثْلًا
مَا صَحَّحْتَ فِيهِ الْهَبَةُ .

مَسْأَلَةٌ : [وَهَبَ جَارِيَةً فِي مَرَضِ مَوْتِهِ] :

وَلَوْ وَهَبَ زَيْدٌ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ جَارِيَةً لَهُ عَمْرًا ، وَأَقْبَضَهُ إِيَّاهَا ، فَوَطَّئَهَا عَمْرًا ، ثُمَّ
وَهَبَهَا عَمْرًا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ زَيْدًا ، وَأَقْبَضَهُ إِيَّاهَا ، وَمَاتَا مِنْ مَرَضِهِمَا ، وَقِيَمَةُ الْجَارِيَةِ
مِثْلُهُ ، وَمَهْرُ مِثْلِهَا خَمْسُونَ ، وَلَا مَالٌ لَهَا غَيْرُ الْجَارِيَةِ ، وَقُلْنَا : لَا تَصْخُّ هَبَةُ الْمَرِيضِ
فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ مِنْ تَرْكْتِهِ ، وَأَعْتَبَارُ التَّرَكَّةِ يَوْمَ الْمَوْتِ . . فَحَسَابُهُ :

تَجُوزُ الْهَبَةُ لِعَمْرٍو فِي شَيْءٍ مِنَ الْجَارِيَةِ ، وَتَبْطُلُ فِي جَارِيَةٍ إِلَّا شَيْئًا ، فَيُؤَدِّي عَمْرًا
مِنْ الشَّيْءِ مَهْرًا مَا بَطَلَتْ فِيهِ الْهَبَةُ ، وَهُوَ خَمْسُونَ دِرْهَمًا إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ .

وَكَيْفِيَّةُ ذَلِكَ : أَنَّ تَجَبَّرَ الْخَمْسِينَ الدَّرْهَمَ بِنِصْفِ الشَّيْءِ الَّذِي نَقَصَ مِنْهَا ، وَيَرْتَدُّ
ذَلِكَ عَلَى الشَّيْءِ الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ ، ثُمَّ نَسْتَثْنِي مِنَ الشَّيْءِ وَمِمَّا زِيدَ عَلَيْهِ خَمْسِينَ فَنَقُولُ :

بقي مع عمرو شيء ونصف شيء إلا خمسين درهماً ، فتصخ هبته لزيد في ثلث ذلك - وهو نصف شيء إلا ستة عشر درهماً وثلثي درهم - ويبقى مع ورثة عمرو شيء إلا ثلاثة وثلثين درهماً وثلث درهم ، ويكون مع ورثة زيد مئة درهم وثلاثة وثلثون درهماً وثلث درهم إلا شيئاً يعدل شيئين . فإذا جبرت . . عدلت ثلاثة أشياء ، الشيء الواحد ثلث ذلك - وهو أربعة أتساع^(١) الجارية - فتصخ الهبة في أربعة أتساع الجارية ، وتبطل في خمسة أتساعها ، فيلزم عمراً خمسة أتساع مهرها ، وهو قدر تسعي رقبته ونصف تسعيها . فإذا خرج ذلك من أربعة أتساعها . . بقي معه تسعها ونصف تسعيها ، فتصخ هبته لزيد في نصف تسعيها - وهو نصف شيء إلا ستة عشر درهماً وثلثي درهم - فيجتمع لزيد ثمانية أتساعها ، وهو مثلاً ما صحت فيه هبته لعمرو .

فإن وهبها زيد لعمرو وأقبضه إياها ، ثم وطئها زيد ، ثم وهبها عمرو من زيد . . صحت هبة زيد لعمرو في شيء من الجارية ، فلما وطئها زيد . . وجب عليه مهر ذلك الشيء - وهو نصف شيء - فيجتمع لعمرو شيء ونصف شيء ، فتصخ هبته لزيد في ثلث ما بيده - وهو نصف شيء - فيكون مع زيد جارية قيمتها مئة إلا شيئاً يعدل شيئين ، فإذا جبرت . . عدلت ثلاثة أشياء ، الشيء ثلثها ، فتصخ هبة زيد لعمرو في ثلث الجارية ، ويجب على زيد لعمرو ثلث مهرها وهو مثل سدسها ، فلما وهبها عمرو من زيد . . صحت هبته في سدسها ، فأجتمع لورثة زيد ثلثا الجارية - وهو مثلاً هبته لعمرو - وبقي لورثة عمرو ثلث الجارية - مثلاً هبته لزيد .

وإن وطئها زيد بعد أن وهبها منه عمرو وأقبضه إياها . . فحسابه أن نقول : تصخ هبة زيد لعمرو في شيء من الجارية ، فلما وهبها عمرو من زيد . . صحت هبته له وصية ، وبقي مع عمرو شيء إلا وصية ، فلما وطئها زيد . . وجب عليه مهر ما بقي في يد عمرو ، وقدر ذلك المهر نصف شيء إلا نصف وصية ، فيجتمع لعمرو شيء ونصف شيء إلا وصية ونصف وصية تعدل وصيتين . فإذا جبرت . . صار شيء ونصف شيء يعدل ثلاث وصايا ونصف وصية ، الوصية سبعة ذلك ، وهي ثلاثة أسباع شيء ، فتصخ

(١) في (م) : (أسباع) في المواضع الثلاثة .

هبة عمرو لزيد في ثلاثة أسباع شيء ، وتبطل في أربعة أسباع شيء ، ويجب على زيد مهر أربعة أسباع شيء وذلك قَدْرُ سُبْعِي شيء ، فيجتمع لورثة عمرو ستة أسباع شيء - وهو مثلاً ما صَحَّتْ فِيهِ هَبَتُهُ - ويجمع لورثة زيد جارية قيمتها مئة درهم إلا ستة أسباع شيء تعدل شيتين . فإذا جُبِرَتْ . . عدلت شيتين وستة أسباع شيء . فإذا قَسَطَتْ^(١) الشيتين أسباعاً وضممت إليها الستة الأسباع . . كان ذلك عشرين ، فالشيء الكامل سبعة أسهم من عشرين ، وهو الجائر بهبة زيد لعمرو ، ثم يرجع إلى زيد بهبة عمرو ثلاثة أجزاء من هذه السبعة ، فيبقى مع عمرو أربعة أجزاء ، ثم يغرَمَ له زيد بالمهر جزأين ، فيكون معه^(٢) ستة أجزاء - وهو مثلاً هبته - ويبقى مع زيد أربعة عشر جزءاً ، وذلك مثلاً هبته لعمرو .

وإن وهبها زيد لعمرو وأقبضه إياها ، ثم وهبها عمرو لزيد وأقبضه إياها ، ثم وطئها عمرو . . فإنه يصح لعمرو بهبة زيد شيء من الجارية ، وتصح لزيد من عمرو من الشيء وصية ، فيبقى مع عمرو شيء إلا وصية ، ومع زيد مئة درهم وصية إلا شيئاً ، فلما وطئها عمرو . . وجب عليه مهر ما في ملك زيد فيها ، وقدر ما عليه من المهر نصف وصية وخمسون درهماً إلا نصف شيء ، يخرج ذلك ممّا في يده فيبقى معه شيء ونصف شيء إلا وصية ونصف وصية ، وإلا خمسين درهماً تعدل وصيتين . فإذا جُبِرَتْ . . صار ذلك شيئاً ونصف شيء إلا خمسين درهماً تعدل ثلاث وصايا ونصف وصية ، الوصية سبعة ذلك ، وهو ثلاثة أسباع شيء إلا أربعة عشر درهماً وسُبْعِي درهم . فإذا جمعت ما بيد زيد من الذي لم تصح فيه الهبة منه ومن هبة عمرو له ومن المهر على عمرو . . كان^(٣) معه مئة وخمسون درهماً ووصية ونصف وصية إلا شيئاً ونصف شيء ، فأجعل مكان الوصية ونصف الوصية قيمتهما - وذلك أربعة أسباع شيء ونصف سُبْع شيء إلا أحداً وعشرين درهماً وثلاثة أسباع درهم - فيصير معه مئة درهم وثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درهم إلا ستة أسباع شيء تعدل شيتين . فإذا جُبِرَتْ . .

(١) في (م) : (بسطت) .

(٢) في (م) : (له) .

(٣) في (م) : (وصار) .

عَدَلَتْ شَيْتَيْنِ وَسِتَّةَ أَسْبَاعٍ شَيْءٍ فَأَبْسَطَ^(١) الشَّيْتَيْنِ أَسْبَاعاً ، وَضَمَّ إِلَيْهَا السِتَّةَ الْأَسْبَاعَ ، فَتَصِيرُ عَشْرِينَ سَهْماً . وَالِدِرَاهِمُ الزَّائِدَةُ عَلَى الْمِئَةِ ، سُبْعَا الْمِئَةِ فَأَبْسَطَ الْمِئَةَ أَسْبَاعاً ، وَضَمَّ إِلَيْهَا سُبْعِي الْمِئَةِ ، فَذَلِكَ تِسْعَةُ أَسْهَمٍ ، فَالشَّيْءُ تِسْعَةُ أَجْزَاءٍ مِنْ عَشْرِينَ جُزْءاً مِنْ الْجَارِيَةِ ، وَهُوَ رُبُعُهَا وَخُمُسُهَا ، وَهُوَ الْجَائِزُ بِهَبَةِ زَيْدٍ لِعَمْرٍو : فَلَمَّا وَهَبَ عَمْرٍو لَزَيْدٍ . صَحَّ لَهُ مِنْ هَبَتِهِ وَصِيَّةٌ ، وَالْوَصِيَّةُ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعٍ شَيْءٍ إِلَّا أَرْبَعَةَ عَشَرَ دَرهماً وَسُبْعِي دَرهماً ، وَذَلِكَ سَهْمٌ مِنَ التَّسْعَةِ ، فَيَبْقَى مَعَ عَمْرٍو ثَمَانِيَةُ أَجْزَاءٍ وَمَعَ زَيْدٍ اثْنَا عَشَرَ جُزْءاً ، فَلَمَّا وَطَّئَهَا عَمْرٍو . وَجَبَ عَلَيْهِ لَزَيْدٍ بِالْمَهْرِ نِصْفُ مَا بِيَدِ زَيْدٍ مِنَ الْجَارِيَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ نِصْفُ قِيمَتِهَا ، وَذَلِكَ سِتَّةُ أَجْزَاءٍ . فَيَصِيرُ مَعَ زَيْدٍ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ جُزْءاً - وَهُوَ مِثْلًا هَبَتِهِ لِعَمْرٍو - وَيَبْقَى مَعَ وَرَثَةِ عَمْرٍو جُزْءَانِ - وَهُوَ مِثْلًا هَبَتِهِ لَزَيْدٍ .

فَأَمَّا إِذَا وَهَبَهَا زَيْدٌ لِعَمْرٍو وَأَقْبَضَهُ إِثَّاها ، ثُمَّ وَطَّئَهَا عَمْرٍو ، ثُمَّ وَهَبَهَا عَمْرٍو لَزَيْدٍ وَأَقْبَضَهُ إِثَّاها ، ثُمَّ وَطَّئَهَا زَيْدٌ ، وَقِيمَتُهَا ثَلَاثُ مِئَةٍ وَمَهْرٌ مِثْلُهَا مِئَةٌ وَلَا مَالٌ لَهَا غَيْرُهَا . . فَحِسَابُهُ أَنْ نَقُولَ : تَصَحَّ هَبَةُ زَيْدٍ لِعَمْرٍو فِي شَيْءٍ مِنَ الْجَارِيَةِ ، فَلَمَّا وَطَّئَهَا عَمْرٍو . . وَجَبَ عَلَيْهِ لَزَيْدٍ مَهْرٌ مَا لَمْ تَصَحَّ فِيهِ الْهَبَةُ وَقَدَّرُ ذَلِكَ الْمَهْرَ مِئَةَ دَرهماً إِلَّا ثُلُثَ شَيْءٍ ، ثُمَّ لَمَّا وَهَبَهَا عَمْرٍو مِنْ زَيْدٍ . . صَحَّ مِنْ هَبَتِهِ لَهُ وَصِيَّةٌ ، وَبَقِيَ فِي يَدِ عَمْرٍو شَيْءٌ إِلَّا وَصِيَّةً ، فَلَمَّا وَطَّئَهَا زَيْدٌ . . وَجَبَ عَلَيْهِ مَهْرٌ مَا بِيَدِ عَمْرٍو مِنْهَا ، وَقَدَّرُ الْمَهْرَ عَلَى زَيْدٍ ثُلُثَ شَيْءٍ إِلَّا ثُلُثَ الْوَصِيَّةِ . فَإِذَا جُمِعَتْ مَا بِيَدِ زَيْدٍ مِمَّا لَمْ تَصَحَّ فِيهِ هَبَتُهُ ، وَالْمَهْرَ الَّذِي عَلَى عَمْرٍو ، وَهَبَةُ عَمْرٍو لَهُ . . كَانَ جَمِيعُ ذَلِكَ وَصِيَّةً وَأَرْبَعُ مِئَةِ دَرهماً إِلَّا شَيْئاً وَثُلُثَ شَيْءٍ ، فَأَسْقَطَ مِنْ ذَلِكَ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ لِعَمْرٍو بِالْمَهْرِ - وَذَلِكَ ثُلُثُ شَيْءٍ إِلَّا ثُلُثَ وَصِيَّةٍ - فَأَكْمَلَ ثُلُثَ الشَّيْءِ بِثُلُثِ الْوَصِيَّةِ النَّاْقِصَةِ ، ثُمَّ رَدَّ ثُلُثَ الْوَصِيَّةِ إِلَى الْوَصِيَّةِ مَعَ الدِّرَاهِمِ الْأَرْبَعِ مِئَةٍ ، ثُمَّ أَسْتَنْ ثُلُثَ الشَّيْءِ مِمَّا فِي يَدِ زَيْدٍ ، فَيَبْقَى مَعَهُ وَصِيَّةٌ وَثُلُثُ وَصِيَّةٍ وَأَرْبَعُ مِئَةِ دَرهماً إِلَّا شَيْئاً وَثُلُثَ شَيْءٍ ، ثُمَّ أَجْمَعَ مَا بِيَدِ عَمْرٍو مِنْ هَبَةِ زَيْدٍ لَهُ وَمِمَّا غَرِمَ لَهُ زَيْدٌ بِالْمَهْرِ ، وَذَلِكَ شَيْءٌ وَثُلُثُ شَيْءٍ إِلَّا ثُلُثَ وَصِيَّةٍ وَقَدْ غَرِمَ مِنْ ذَلِكَ مِئَةَ دَرهماً إِلَّا ثُلُثَ شَيْءٍ وَوَهَبَ وَصِيَّةَ لَزَيْدٍ ، فَإِذَا أَرَدْتَ إِخْرَاجَ ذَلِكَ مِمَّا بِيَدِهِ . . أَكْمَلْتَ الْمِئَةَ بِثُلُثِ الشَّيْءِ

الناقص منها ، وزِدَتْ ذَلِكَ الثَّلَاثَ عَلَى الشَّيْءِ وَثَلَّثَ الشَّيْءُ إِلَّا ثَلَاثَ وَصِيَّةٍ ، ثُمَّ أَسْتَنْبَحَ مِنْ ذَلِكَ مِثْلَهُ دَرَاهِمَ وَوَصِيَّةً ، فَنَقُولُ : بَقِيَ مَعَ عَمْرٍو شَيْءٌ وَثَلَاثُ شَيْءٍ إِلَّا وَصِيَّةً وَثَلَاثَ وَصِيَّةٍ وَإِلَّا مِثْلَهُ دَرَاهِمَ - وَهَذَا الَّذِي بِيَدِ عَمْرٍو - يَعْدِلُ وَصِيَّتَيْنِ ، فَأَجْبُزُ شَيْئاً وَثَلَاثَ شَيْءٍ إِلَّا مِثْلَهُ دَرَاهِمَ وَإِلَّا وَصِيَّةً وَثَلَاثَ وَصِيَّةٍ بِالْوَصِيَّةِ وَثَلَاثَ الْوَصِيَّةِ الْناقِصِ ، وَرَدَّ ذَلِكَ عَلَى الْوَصِيَّتَيْنِ ، فَتَصِيرُ شَيْئاً وَثَلَاثَ شَيْءٍ إِلَّا مِثْلَهُ دَرَاهِمَ تَعْدِلُ ثَلَاثَ وَصَايَا وَثَلَاثَ وَصِيَّةٍ ، فَأَضْرِبُ الثَّلَاثَ الْوَصَايَا فِي ثَلَاثَةِ ، وَضُمُّ إِلَيْهَا ثَلَاثَ الْوَصِيَّةِ ، فَتَصِيرُ عَشْرَةً ، فَأَقْسِمُ شَيْئاً وَثَلَاثَ شَيْءٍ إِلَّا مِثْلَهُ دَرَاهِمَ عَلَى عَشْرَةٍ ، وَأَجْمَعُ مَا يَخْصُ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ - لِأَنَّهَا أَجْزَاءُ الْوَصِيَّةِ - فَيَخْصُ الْوَصِيَّةَ الْكَامِلَةَ ثَلَاثَةَ أَعْشَارِ شَيْءٍ وَثَلَاثَ شَيْءٍ إِلَّا ثَلَاثِينَ دَرَاهِمًا - وَذَلِكَ نِصْفُ شَيْءٍ إِلَّا ثَلَاثِينَ دَرَاهِمًا - فَنَعْلَمُ أَنَّ هَذِهِ قِيَمَةُ الْوَصِيَّةِ ، ثُمَّ أَرْجِعُ إِلَى مَا بِيَدِ زَيْدٍ ، وَهُوَ أَرْبَعُ مِثْلَةِ دَرَاهِمَ وَوَصِيَّةً وَثَلَاثَ وَصِيَّةٍ إِلَّا شَيْئاً وَثَلَاثَ شَيْءٍ ، فَنَنْظُرُ قِيَمَةَ وَصِيَّةٍ وَثَلَاثَ وَصِيَّةٍ .. تَجِدُ ذَلِكَ ثَلَاثَ شَيْءٍ إِلَّا أَرْبَعِينَ دَرَاهِمًا ، فَأَجْعَلُهَا مَكَانَ الْوَصِيَّةِ وَثَلَاثَ الْوَصِيَّةِ ، فَيَحْصُلُ فِي يَدِ زَيْدٍ ثَلَاثُ مِثْلَةِ دَرَاهِمَ وَسِتُّونَ دَرَاهِمًا إِلَّا شَيْئاً يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ .. صَارَتْ ثَلَاثَ مِثْلَةِ وَسِتِّينَ تَعْدِلُ ثَلَاثَةَ أَشْيَاءَ ، الشَّيْءُ ثَلَاثُ ذَلِكَ - وَهُوَ مِثْلُهُ وَعِشْرُونَ دَرَاهِمًا - فَهَذَا الَّذِي صَحَّتْ فِيهِ هَبَةُ زَيْدٍ لِعَمْرٍو ، وَذَلِكَ خُمُسُ الْجَارِيَةِ ، وَتَبْطُلُ الْهَبَةُ فِي ثَلَاثَةِ أَخْمَاسِهَا ، فَيَجِبُ لَهُ عَلَى عَمْرٍو ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ مَهْرِهَا - وَهُوَ سِتُّونَ دَرَاهِمًا - وَذَلِكَ مِثْلُهُ دَرَاهِمَ إِلَّا ثَلَاثَ شَيْءٍ ، وَيَخْرُجُ مِنْهُ وَصِيَّةٌ ، وَذَلِكَ نِصْفُ شَيْءٍ إِلَّا ثَلَاثِينَ دَرَاهِمًا - وَهُوَ ثَلَاثُونَ دَرَاهِمًا - فَبَقِيَ مَعَهُ ثَلَاثُونَ دَرَاهِمًا ، ثُمَّ يَرْجِعُ إِلَى عَمْرٍو مَا وَجَبَ لَهُ عَلَى زَيْدٍ مِنَ الْمَهْرِ ، وَهُوَ ثَلَاثُونَ دَرَاهِمًا - ثَلَاثَةُ أَعْشَارِ الْمَهْرِ - وَذَلِكَ ثَلَاثُ شَيْءٍ إِلَّا ثَلَاثَ وَصِيَّةٍ ، فَيَجْتَمِعُ لِعَمْرٍو سِتُّونَ دَرَاهِمًا مِثْلًا الْوَصِيَّةِ الَّتِي خَرَجَتْ مِنْهُ ، وَيَجْتَمِعُ لوزيد زَيْدٍ مِثْلَانِ وَأَرْبَعُونَ مِثْلًا هَبَتَهُ لِعَمْرٍو .

وَاللَّهُ أَعْلَمُ

* * *

باب الرجوع في الوصية

يجوز للموصي أن يرجع فيما أوصى به ؛ لأنَّ الوصية لا تلزم إلا بعد موته ، فجاز له الرجوع فيها ، كما لو وهب لغيره شيئاً ، ثم رجع الواهب قبل قبول^(١) الموهوب له .

و (الرجوع) : هو أن يقول : رجعت في الوصية لفلان ، أو أبطلتها أو رددتها أو فسختها أو ما أشبه ذلك : فإن قال : حرام على فلان ما أوصيت له به . . كان رجوعاً ؛ لأنه لا يجوز أن يكون له وهو حرام عليه .

وإن قال : هو لورثتي . . كان رجوعاً ؛ لأنَّ ذلك ينافي الوصية .

وإن قال : هو تركتي . . ففيه وجهان :

أحدهما : أنه رجوع ؛ لأنَّ التركة للورثة .

والثاني : ليس برجوع ؛ لأنَّ الموصي به من التركة .

مسألة : [أوصى لرجل بثلث ونحوه ثم لآخر مثله] :

وإن أوصى لرجل بثلث ماله ، أو بعين من ماله ، ثم أوصى بثلث ماله ، أو بتلك العين لرجل آخر ولم يتعرض للوصية الأولى . . فليس برجوع في الأولى ، فإن أجاز الورثة وصيته في الثلثين . . استحق كل واحد من الموصي لهما ثلث ماله . وإن لم يُجيزوا وصيته في الثلثين ، أو كانت وصيته في العين . . قسَّم ذلك بينهما إذا احتمل الثلث العين الموصى بها . وبه قال ربيعة ، ومالك ، وأبو حنيفة وأصحابه .

وقال الحسن ، وعطاء ، وطاووس ، وداود : (يكون هذا رجوعاً في الوصية الأولى) .

(١) في نسخة : (موت) .

ودليلنا : أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الموصيَ لهُمَا قَدْ سَاوَى صَاحِبَهُ وَقَتَ الوجوبِ ، فَقُسِّمَ بينهما ، كما لو أوصى لهُمَا بثلثِ مالهِ أو بعينِ مِنْ مالهِ في حالةٍ واحدةٍ .
وإنَّ أوصى لأحدهما بثلثِ مالهِ ، ثُمَّ أوصى لآخرَ بثلثِ مالهِ ، فردَّ أحدهما وصيتهُ . . توفَّرَ جميعُ الثلثِ على الذي لَمْ يَرُدِّ ؛ لأنَّه قَدْ أوصى لَهُ بثلثِ مالهِ ، وليسَ هاهنا مَنْ يُزاحمُهُ فهو كما لو لَمْ يوصِ إِلَّا لَهُ .

فرعٌ : [وصى لرجل بشيء ثم نال : هو لآخر] :

وإنَّ وَصَّى لرجلٍ بشيء ، ثُمَّ قَالَ : ما أوصيتُ بِهِ لفلانٍ فقد أوصيتُ بِهِ لفلانٍ . . فهو رجوعٌ عَن وصيتهِ الأولى ؛ لأنَّه قَدْ نَقَلَ الوصيةَ مِنَ الأولِ إِلَى الثاني ، وصرَّحَ بذلك .

وحكى الشيخُ أبو إسحاقَ وجهاً آخرَ : أَنَّهُ يَكُونُ بينهما ، والأوَّلُ أصحُّ .

مسألةٌ : [أوصى بعبد ثم باعه] :

وإنَّ وَصَّى لرجلٍ بعبدٍ ، ثُمَّ باعَهُ ، أو وهبَهُ وأقبضَهُ ، أو أعتقَهُ ، أو كاتبَهُ ، أو أوصى للعبدِ بشيءٍ مِنْ ذَلِكَ . . كَانَ رجوعاً في الوصيةِ الأولى ؛ لأنَّ هذه الأشياءَ تنافي مقتضى الوصيةَ ؛ لأنَّ الوصيةَ تملكُ بعدَ الوفاةِ ، فينبغي أَنْ يَكُونَ الموصى بِهِ على ملكِهِ حتَّى يَقَعَ تملكُهُ^(١) بعده .

وإنَّ عَرَضَهُ لِلبيعِ ، أو وهبَهُ لآخرَ فَلَمْ يَقْبَلْ ، أو رهنَهُ . . ففيهِ وجهان :

أحدهما : أَنَّ ذَلِكَ رجوعٌ في الوصيةِ ؛ لأنَّه عَرَضَهُ لزوالِ المِلْكِ .

والثاني : ليسَ برجوعٍ ؛ لأنَّ ملكَهُ لَمْ يَزُلْ عَنْهُ ، والأوَّلُ أصحُّ .

وإنَّ وَصَّى بثلثِ مالهِ ، ثُمَّ باعَ مالهَ . . لَمْ يَكُنْ رجوعاً في الوصيةِ ؛ لأنَّ مالهَ معتبرٌ عندَ الموتِ .

(١) في (م) : (تمليك) .

فرع : [أوصى بعد ثم دبره] :

وإن أوصى لرجلٍ بعبدٍ ، ثمَّ دبره ، فإن قلنا : إنَّ التدبيرَ تعليقٌ عتقٌ بصفةٍ . . كان رجوعاً في الوصية ؛ لأنه عُرْضةٌ لزوالِ الملكِ .

وإن قلنا : إنَّ التدبيرَ وصيةٌ ، فإن قلنا : العتقُ يقدمُ على سائرِ الوصايا . . كان ذلك رجوعاً في الوصية . وإن قلنا : لا يقدمُ العتقُ . . ففيه وجهان ، حكاهما الشيخُ أبو إسحاق :

أحدهما : أنه ليسَ برجوعٍ في الوصية . . فيكونُ نصفُهُ موصىً به ، ونصفُهُ مدبراً ، كما لو أوصى به لرجلٍ ثمَّ أوصى به لآخر .

والثاني - ولم يذكر الشيخُ أبو حامدَ غيره - : أنه رجوعٌ ؛ لأنَّ التدبيرَ أقوى ؛ لأنه ينتجُ من غيرِ قبُولٍ ، والوصيةُ لا تتمُّ إلاَّ بالقَبُولِ .

مسألة : [زيادة الموصى به] :

وإن أجزَّ الموصى به ، أو علَّمَهُ صنعةً أو زوجَهُ ، أو ختنَهُ ، أو استخدمَهُ ، أو أنفقَ عليه . . لم يكن رجوعاً في الوصية ؛ لأنَّ ذلك لا يُنافيها .

وإن وصَّى لرجلٍ بجاريةٍ فوطئها الموصي^(١) : فإن عَزَلَ عنها . . لم يكن رجوعاً ؛ لأنَّ ذلك استيفاءٌ منفعةٍ ، فهو كالاستخدامِ . وإن لم يعزل عنها . . ففيه وجهان :

أحدهما : أنه ليسَ برجوعٍ ، كما لو عَزَلَ عنها .

والثاني - وهو قولُ ابنِ الحَدَّادِ ، والمسعوديَّ [في «الإبانة» ق/٤٣٨] ، والقاضي أبي الطيبِ - : أنه رجوعٌ ، كما قالَ الشافعيُّ : (إذا حلفَ لا يتسرَّى بجاريةٍ فوطئها ولم يعزل عنها . . كان حاثاً في يمينه) ولأنَّه عَرَضَهَا للإحبالِ وزوالِ الملكِ ، فهو كما لو عَرَضَهَا للبيعِ .

(١) في (م) : (الوصي) .

مسألة : [خلط الموصي الطعام] :

وإن وصّى له بطعام متميّز فخلطه بغيره . . كان رجوعاً سواءً خلطه بمثله أو بأجود منه ، أو بأردأ منه ؛ لأنه لا يمكن تسليم الطعام الموصى به .
وإن أوصى له بصاع من صبرة ، ثم خلط الصبرة بمثلها . . لم يكن رجوعاً ؛ لأن الموصى به مختلط بغيره ، فلا يضر خلط الصبرة بمثلها .
وإن خلط الصبرة بأجود منها . . كان رجوعاً ؛ لأنه أحدث بالخلط زيادة لم يرض بتخليكها .

وإن خلط الصبرة بأردأ منها . . ففيه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو إسحاق : أحدهما - ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره^(١) - : أنه ليس برجوع ، كما لو خلطها بمثلها . وما حدث من النقص لا يقتضي الرجوع ، كما لو أتلّف بعضها .
والثاني : أنه رجوع ؛ لأنه يتغيّر^(٢) بما دونّه كما يتغيّر بما هو أجود منه .
وقال المسعودي [في « الإبانة » ق/٤٣٩] : لا يكون رجوعاً ، سواءً زادت أو نقصت ؛ لأنّ الاسم باقٍ عليها .

وإن نقل الطعام إلى بلد أبعد من بلد الموصى له . . ففي ذلك وجهان : أحدهما : أنه رجوع ؛ لأنه لو لم يرد الرجوع . . لما نقله عنه .
والثاني : ليس برجوع ؛ لأنه باقٍ على صفته .

فرع : [تصنيع الموصى به] :

وإن وصّى له بطعام فطحنه أو جعله سويقاً ، أو بدقيق فعجنه ، أو بعجين فخبزه . . كان رجوعاً ؛ لأنه أزال عنه الاسم .

(١) وفي « المذهب » (٤٦٩/١) : وهو قول أبي علي بن أبي هريرة .

(٢) في (م) : (لا يُعتبر) في الموضعين .

وإن وصّى له بخبز فجعله فتيتاً . ففيه وجهان :

أحدهما : أنه رجوع ؛ لأنه أزال عنه الاسم .

والثاني : ليس برجوع ؛ لأنه يقال : خبزٌ مدقوقٌ .

وإن وصّى له برطب فجعله تمرّاً ، أو بلحم فطبخه أو شواه . ففيه وجهان :

أحدهما : أنه رجوع ؛ لأنه أزال عنه الاسم .

والثاني : ليس برجوع ؛ لأنه أبقى له .

وإن وصّى له بقطن فغزلهُ ، أو بغزلٍ فنسجه . . كان رجوعاً ؛ لأنه أزال عنه الاسم .

وإن وصّى له بقطن فحشا به فراشاً . . ففيه وجهان :

أحدهما : أنه ليس برجوع ؛ لأنَّ أَسْمَ القُطْنِ باقٍ عليه .

والثاني : أنه رجوع ؛ لأنه جعلهُ للاستهلاك .

وإن وصّى له بشاة فذبحها . . كان رجوعاً ؛ لأنه أزال عنها الاسم .

وإن وصّى له بثوب فغسلهُ . . لم يكن رجوعاً ؛ لأنه باقٍ . وإن قطّعه قميصاً ، أو

وصّى له بخشبة فشققها باباً . . ففيه وجهان :

أحدهما : أنه رجوع ؛ لأنه أزال عنهما أَسْمَ الثوبِ والخشبة .

والثاني : ليس برجوع ؛ لأنَّ الاسمَ باقٍ عليهما .

فرعٌ : [إزالة أَسْمِ العين الموصى بها] :

وإن وصّى له بدارٍ فهدمها الموصي . . بطلتِ الوصيةُ فيها ؛ لأنه تصرفٌ أزال به

الاسمَ ، فكان رجوعاً ، كما لو أوصى له بجنطة فطحنها .

وإن أنهدمت في حياة الموصي ، فإن لم يزل عنها أَسْمُ الدارِ . . لم تبطلِ الوصيةُ

فيما لم ينفصل عنها . وأمّا ما انفصل عنها مِنْ أَحْجارٍ و أَجْرٍ وَأَخْشابٍ . .

فالمَنْصُوصُ : (أنه لورثة الموصي) ؛ لأنه جاء وقتُ لزومِ الوصيةِ وهو مَنْفَصِلٌ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : إِنَّهُ لِلْمَوْصِي لَهُ ؛ لِأَنَّ الوصيةَ تناولته . وليس بشيء .

وإن زالَ عنها أَسْمُ الدَّارِ ، بأنْ صارتْ بِرَاحاً^(١) ، فإنْ قُلْنَا : إِنَّ الآلَةَ التي أَنْفَصَلَتْ عنها في الأُولَى للموصى لَهُ . لَمْ تَبْطُلِ الوَصِيَّةُ هَاهُنَا في الآلَةِ والعَرَضَةِ .

وإنْ قُلْنَا بالمنصوصِ . . . إِنَّ الآلَةَ لورثة الموصي ، وفي العَرَضَةِ وَجْهَانِ :
أَحَدُهُمَا : أَنَّهَا للموصى لَهُ ؛ لِأَنَّهَا ثَبُوتُ^(٢) الدَّارِ .

والثَّانِي - وَهُوَ المَذْهَبُ - : أَنَّ الوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بِهَا أَيْضاً ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقَعُ عَلَيْهَا أَسْمُ الدَّارِ .

وإنْ أَنْهَدِمَتْ بَعْدَ مَوْتِ الموصي وَقَبْلَ قَبُولِ الموصى لَهُ ، ثُمَّ قَبِلَ . . . فإنْ الدَّارَ وما أَنْفَصَلَ عنها للموصى لَهُ ؛ لِأَنَّهُ جَاءَ وَقْتُ لزومِ الوَصِيَّةِ وَهِيَ مُتَّصِلَةٌ بالدَّارِ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : إِنَّ قُلْنَا : إِنَّ الموصى لَهُ مَلَكَ بِالموتِ . . . كَانَ الْجَمِيعُ لَهُ .
وإنْ قُلْنَا : إِنَّهُ مَلَكَ بِنَفْسِ القَبُولِ . . . كَانَ مَا أَنْفَصَلَ عنها لورثة الموصي .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : وَهَذَا ضَعِيفٌ ؛ لِأَنَّهُ يُلْزَمُ عَلَى هَذَا : إِذَا خَرِبَتِ الدَّارُ كُلُّهَا بَعْدَ المَوْتِ وَقَبْلَ القَبُولِ ، وَقُلْنَا : إِنَّ مِلْكَهُ بالقَبُولِ . . . أَنَّ الوَصِيَّةَ تَبْطُلُ وَتَكُونُ لورثة الموصي ! وَمَا قَالَ هَذَا أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِنَا .

وإنْ وَصَّى لَهُ بدارٍ ، ثُمَّ بَنَى عَلَيْهَا بَيْتاً آخَرَ ، فإنْ قُلْنَا : إِنَّ المنفصلَ عنها في حَيَاةِ الموصي لورثة الموصي . . . كَانَ الْبَيْتُ الْمَلْحَقُ بالدَّارِ لَهُمْ . وإنْ قُلْنَا : إِنَّ المنفصلَ للموصى لَهُ . . . قَالَ الْمَسْعُودِيُّ [في « الإبانة » ق/٤٣٨] : كَانَ الْبَيْتُ الْمَلْحَقُ للموصى لَهُ أَيْضاً .

فَرَعٌ : [استعمال الموصى به] :

وإنْ وَصَّى لَهُ بِأَرْضٍ فزَرَعَهَا . . . لَمْ يَكُنْ رَجُوعاً ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِدَارٍ فَسَكَنَهَا .
وإنْ غَرَسَهَا أَوْ بَنَى فِيهَا . . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

(١) البراح ، برج الشيء يبرح . من باب تعب - براحاً : زال من مكانه ، ومنه قيل لليلة الماضية : البارحة .

(٢) في (م) : (شيء من) .

أحدهما : أنه ليسَ برجوعٍ ، كزراعتها .
والثاني : أنه رجوعٌ ؛ لأنَّهما يرادانِ للبقاء .
فإذا قلنا بالأوَّل . . ففي موضعِ الغراسِ وقرارِ البناءِ وَجْهَانِ :
أحدهما : أنَّ ذلكَ ليسَ برجوعٍ فيه ، كالبياضِ الذي بينَ ذلكَ .
والثاني : أنه رجوعٌ فيه ؛ لأنَّه تابعٌ لما عليها .

فرعٌ : [وصى بمنفعة دار سنة ثم أجرها] :
قالَ الشيخُ أبو إسحاقَ : وإنَّ أوصى له بمنفعة داره سنةً ، ثمَّ أَجَرَهَا دُونَ السَّنَةِ . .
لَمْ يَكُنْ رَجوعاً ؛ لأنَّ الإجارةَ قَدْ تَنقُضِي قَبْلَ مَوْتِ الموصي ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْقِضَاءِ
الإجارة . . ففيه وَجْهَانِ :
أحدهما : تَبْطُلُ الوصِيَّةُ فيما بقيَ مِنْ مَدَّةِ الإجارةِ .
والثاني : لا تَبْطُلُ ، بَلْ يَسْكُنُ الموصيُ لَهُ سَنَةً بَعْدَ أَنْقِضَاءِ مَدَّةِ الإجارةِ .

واللهُ أَعْلَمُ

* * *

بابُ الأوصياء^(١)

لا تصحُّ الوصيةُ إلاَّ إلى بالغٍ عاقلٍ مسلمٍ عدلٍ ، حرٍّ ؛ لأنَّ الوصيةَ تقتضي ولايةً وأمانةً ، وذلك لا يصحُّ إلاَّ مِنَّ جمعِ هذه الشرائطِ .

أما (الولاية) : فلاَّ الوصيَّ يلي أموالَ الأطفالِ وتفرقةُ ثلثِ الميتِ .
وأما (الأمانة) : فلاَّ المالَ يكونُ عندهُ .

فإذا اختلفَ شرطٌ من هذه الشروطِ . . لم يكن من أهلِ الولاية والأمانة . فإن أوصى إلى صبيٍّ أو مجنونٍ . . لم تصحَّ الوصيةُ ؛ لأنَّه مولى عليهما ، فلا يملكان الولايةَ على غيرهما وهذا إجماعٌ .

وإن أوصى إلى مسلمٍ فاستوى . . لم يصحَّ .
وقال أبو حنيفة : (يصحُّ) .

دليلنا : أنَّ الوصيةَ تقتضي ولايةً وأمانةً كما ذكرناه ، والفاسقُ ليس من أهلِ الولاية والأمانةِ .

وإن وصَّى مسلمٌ إلى كافرٍ . . لم تصحَّ الوصيةُ ؛ لأنَّ الفسقَ ينافي الوصيةَ ، فالكفرُ أولى ، وهو إجماعٌ^(٢) أيضاً .

وإن وصَّى كافرٌ إلى كافرٍ : فإنَّ كانَ الكافرُ غيرَ رشيدٍ في دينه . . لم تصحَّ الوصيةُ إليه ، كالوصيةِ إلى المسلمِ الفاسقِ . وإنَّ كانَ الوصيُّ رشيداً في دينه . . ففيه وجهان :

(١) الأوصياء - جمع وصي - : وهو الذي يقوم بالإشراف على شؤون الأولاد ورد الودائع وقضاء الديون وتنفيذ الوصية المعينة ، والخصومة في حقه ، وقبول الهبة ، وبيع ما يخشئ عليه التلف ، وجمع الأموال الضائعة نيابة عن الميت ، وكل ذلك بتكليف منه . وللوصي أن يوصي بما أوصى به إليه غيره .

(٢) لأن الوصية من باب الولاية ، ولا ولاية لكافر على مسلم .

أحدهما : يصح ؛ لأنه يجوز أن يكون ولياً له ، فجاز أن يكون وصياً له .
والثاني : لا يصح ، كما لا يكون شاهداً له .

أمّا الوصية إلى العبد : فاختلف الناس فيها على أربعة مذاهب :

ف [الأول] : ذهب الشافعي إلى : أن الوصية لا تصح إليه بحال ، سواء أوصى إلى عبد نفسه أو إلى عبد غيره ، بإذن سيده أو بغير إذنه ، وسواء كان ورثته كباراً أو صغاراً ، أو بعضهم كباراً وبعضهم صغاراً . وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور .
و[الثاني] : ذهب مالك : إلى أن الوصية تصح إلى عبده وإلى عبد غيره إذا أذن له سيده .

و[الثالث] : ذهب الأوزاعي ، وابن شبرمة إلى أنه : إن أوصى إلى عبد نفسه . . صح . وإن أوصى إلى عبد غيره . . لم يصح بحال .

و[الرابع] : قال أبو حنيفة : (إن أوصى إلى عبد غيره . . لم يصح . وإن أوصى إلى عبد نفسه . . نظرت : فإن كان في ورثته كبير يلي . . لم يصح . وإن كانوا كلهم صغاراً . . صح) .

دليلنا : أنه مولى عليه فلم تصح الوصية إليه ، كالمجنون .

قال الشافعي : (ولا تصح الوصية إلى المدبر ، ولا إلى المكاتب ، وأم الولد ، والمعتق بصفة ، ولا إلى المعتق بعضه ؛ لأن بعض الرق حاصل فيهم ، فهم بمنزلة العبد) .

فرع : [وصاية المرأة] :

وإذا جمعت المرأة الشرائط الخمس . . جازت الوصية^(١) إليها ، وهو قول كافة العلماء إلا عطاء ، فإنه قال : لا يجوز .

(١) في (م) : (جاز أن يوصي) .

دليلنا : ما روي : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَهْنِدٍ : « خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ »^(١) .

فجَوَزَ لَهَا أَنْ تُنْفِقَ عَلَى أَوْلَادِهَا الصَّغَارِ .

وروي : (أَنَّ عُمَرَ أَوْصَى إِلَى ابْنَتِهِ حَفْصَةَ)^(٢) ، ولا مخالفَ له .

وإنَّ جَمَعَ الْأَعْمَى الشَّرَاطِطِ الْخَمْسَ . . فهل تصحُّ الوصِيَّةُ إِلَيْهِ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تصحُّ ؛ لَأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ .

والثاني : لا تصحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّ يُرَادُ لِلنَّظَرِ ، وَالْأَعْمَى لَا يَصْلَحُ لِلنَّظَرِ .

مسألة : [شروط الوصي تعتبر عند الموت] :

ومتى يُعْتَبَرُ وُجُودُ الشَّرَاطِطِ الْخَمْسِ فِي الْوَصِيِّ ؟ فيه ثلاثة أوجه :

[أحدها] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : يُعْتَبَرُ وُجُودُهَا عِنْدَ مَوْتِ الْمَوْصِي دُونَ مَا قَبْلَهُ ؛

لَأَنَّ الْوَصِيَّ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ النَّظَرَ فِي تِلْكَ الْحَالِ دُونَ مَا قَبْلَهُ ، فَأَعْتَبَرُ حَالَهُ فِيهِ كَمَا يُعْتَبَرُ كَوْنُ الشَّخْصِ وَارِثًا عِنْدَ مَوْتِ الْمُورِثِ دُونَ مَا قَبْلَهُ .

(١) أخرجه عن الصديقة عائشة الشافعي في « ترتيب المسند » ٢/ (٢١٠) و (٢١١) ،
والبخاري (٢٢١١) في البيوع ، ومسلم (١٧١٤) (٧) في الأقضية ، وأبو داود (٣٥٣٢)
في البيوع والإجارة ، والنسائي في « الصغرى » (٥٤٢٠) في آداب القضاء ، وابن ماجه
(٢٢٩٣) في التجارات ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦١٣) ، وابن الجارود في
« المنتقى » (١٠٢٥) في الأحكام ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (١٤١/١٠)
و (٤٧٧/٧) في النفقات .

(٢) أخرجه عن يحيى بن سعيد ، عن عبد الحميد بن عبد الله أبو داود (٢٨٧٩) في الوصايا : باب
ما جاء في الرجل يوقف الوقف ، وأورد أيضاً وصية أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه وأرضاه
عبد الرزاق في « المصنف » (١٩٤١٧) . وأخرجه كأبي داود البيهقي في « السنن
الكبرى » (١٦٠/٦) في الوقف ، وفيه : (إن حدث به حدث أن نغناً وصرمة ابن الأكوع صدقة
والعبد الذي فيه ، ومئة السهم الذي بخير ورقيقه الذي فيه ، والمئة التي أطعمني محمد ﷺ تليه
حفصة ما عاشت ، ثم يليه ذوو الرأي من أهلها لا يباع ولا يشتري ، ينفقه حيث رأى . . .) .

و[الثاني]: منهم مَنْ قَالَ : يُعْتَبَرُ وُجُودُ الشَّرَاطِطِ فِي الْوَصِيِّ عِنْدَ عَقْدِ الْوَصِيَّةِ ، وَعِنْدَ مَوْتِ الْمَوْصِي دُونَ مَا بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ وَقْتَ الْوَصِيَّةِ حَالُ الْإِجَابِ ، وَوَقْتُ الْمَوْتِ حَالُ الْقَبُولِ .

و[الثالث]: منهم مَنْ قَالَ : تُعْتَبَرُ وُجُودُ الشَّرَاطِطِ فِي الْوَصِيِّ مِنْ حِينَ الْوَصِيَّةِ إِلَى أَنْ يَمُوتَ الْمَوْصِي ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَقْتٍ مِنْ ذَلِكَ يَجُوزُ أَنْ يَمُوتَ فِيهِ الْمَوْصِي فَيَسْتَحَقُّ الْوَصِي فِيهِ النَّظَرُ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . قِيلَ لَهُ : فَكَيْفَ يَكُونُ الْأَوَّلُ أَصَحَّ وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ : (لَا تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى الْمَدْبَرِ ، وَلَا إِلَى أُمِّ الْوَلَدِ) ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَعْتَقُ بِوَفَاتِهِ فَتَكْمُلُ فِيهِ الشَّرَاطِطُ ؟ فَقَالَ : يُحْمَلُ قَوْلُهُ هَذَا عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ : مَدْبَرًا غَيْرِهِ ، وَأُمًّا وَلَدٍ غَيْرِهِ .

فَإِنْ أَوْصَى إِلَى مَنْ جَمَعَ الشَّرَاطِطَ ، ثُمَّ تَغَيَّرَ حَالُ الْوَصِيِّ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْصِي ، فَإِنْ تَغَيَّرَ لِضَعْفٍ عَنِ الْحَسَابِ أَوْ الْحَفِظِ . لَمْ يَنْعَزَلْ بِذَلِكَ ، بَلْ يَضُمُّ إِلَيْهِ الْحَاكِمُ أَمِينًا يُعَاوَنُهُ ؛ لِأَنَّ الضَّعْفَ لَا يُنَافِي الْوِلَايَةَ ، بِدَلِيلِ : أَنَّ الْأَبَ وَالْجَدَّ يَلِيَانِ مَالَ وَلَدَيْهِمَا وَإِنْ كَانَ فِيهِمَا ضَعْفٌ .

وَلَوْ كَانَ الْحَاكِمُ هُوَ الَّذِي نَصَّبَ الْأَمِينَ فَضَعُفَ . . فَلَهُ عَزْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ نَصَّبَهُ .

وَإِنْ فَسَقَ الْوَصِيُّ أَوْ جُنَّ . . أُنْعَزَلَ عَنِ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْفِسْقَ وَالْجُنُونَ يَنَافِيَانِ الْوِلَايَةَ ، بِدَلِيلِ : أَنَّ الْأَبَ وَالْجَدَّ وَالْحَاكِمَ إِذَا فَسَقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ أَوْ جُنَّ . . بَطَلَتْ وَلَايَتُهُ .

مَسْأَلَةٌ : [الوصية إلى اثنين] :

فَإِذَا أَوْصَى إِلَى اثْنَيْنِ . . صَحَّ ، كَالْوَكَالَةِ . فَإِنْ وَصَّى إِلَيْهِمَا ، وَإِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : أَوْصَيْتُ إِلَيْكُمَا ، وَإِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْكُمَا ، أَوْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْكُمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ عَلَى الْإِنْفِرَادِ . . صَحَّ . فَإِنْ أَجْتَمَعَا عَلَى التَّصَرُّفِ . . صَحَّ . وَإِنْ أَنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِالتَّصَرُّفِ . . صَحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَالْوَصِيِّ الْمُنْفَرِدِ .

وإن مات أحدهما أو فسق أو جنّ.. لم يضمّ الحاكم إلى الآخر غيره ؛ لأنّ الموصي رضي بنظر كل واحد منهما .

وإن قال : أوصيت إليكما على أن لا ينفرد أحكما بالنظر والتصرف.. لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف ؛ لأنّ الموصي لم يرض بنظره وحده . فإن اجتمعا على التصرف.. صح . وإن انفرد أحدهما بالتصرف.. نظرت : فإن كان في ردّ ودیعة أو مغصوب.. وقع موقعه ؛ لأنّ للمودع^(١) والمغصوب أن يأخذ ماله بغير واسطة .

قال المسعودي في «الإبانة» ق/٤٣٩ : وهكذا لو كان ما انفرد به قضاء^(٢) دين من جنسه ، أو وصية بشيء معيّن.. فلا ضمان على المنفرد بذلك منهما . وإن كان ما انفرد به ممّا يفتقر إلى الاجتهاد ، كتفرقة الثلث على الفقراء وما أشبهه.. لم يصح ، وكان على المنفرد بذلك الضمان ؛ لأنّ ذلك يفتقر إلى الاجتهاد ، ولم يرض الموصي باجتهاده وحده .

فإن قال : أوصيت إليكما في كذا وأطلق ، ولم يأذن لكل واحد منهما في التصرف على الانفراد ولا منع كل واحد منهما عن التصرف على الانفراد.. فحكمه عندنا حكم ما لو منع كل واحد منهما عن التصرف على الانفراد .
وقال أبو يوسف : لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف .

(١) في (م) : (لصاحب الوديعة) .

(٢) في حاشية نسخة : (هل يجوز للموصي أن يعفي ما لم يثبت عند الحاكم ؟ قال الفقيه أحمد بن موسى : لا يجوز للموصي أن يعفي شيئاً من الدين إلا إن كان يعلم يقيناً بثبوته أو بإثبات الحاكم أو نائب له .

ولا تخلو صورة قضاء الدين من نظر من حيث أنّ الدين في أصله غير مُتعيّن من أعيان التركة ، والوارث قائم مقام المورث ، ولو كان المورث حاكماً تعيّن عليه أن يعطيه من ذلك بعينه بل له أن يعطيه من حيث يشاء ، لا سيما إذا كان من التركة من ذلك الجنس أثر من حقه ، فلا خفاء بأن للوارث أن يعطيه قدر حقه مما شاء من ذلك . وما يسلمه الموصي في معيّنين أولى مما بقي . وإذا كان الأمر كذلك.. فلا يحصل التعيّن فيه إلا ممن يملك التعيّن ، بخلاف الأشياء المتعينة في الأصل ، كالودائع والغصوب) .

وقال أبو حنيفة ومحمد : (إن أجمعا على التصرف .. صح . وإن انفرد أحدهما في التصرف .. لم يصح إلا في ستة أشياء : [الأول] : في شراء كفن الموصي ، و[الثاني] : تفرقة ثلثه ، و[الثالث] : قضاء ديونه ، و[الرابع] : ردّ الودائع ، و[الخامس] : الغصوب ، و[السادس] : إطعام اليتيم وكسوته . فأما ما عدا ذلك من شراء العقار لليتيم وسائر العقود .. فلا يصح) .

دللنا : أنه مشترك بينهما ، فلم يكن لأحدهما أن ينفرد به ، كما لو وكّل وكيلين في شراء شيء أو بيعه ، ولأنّ الجهة التي ملك بها الوصي النظر في الستة الأشياء هي الجهة التي ملك بها النظر في غيرها ، فإذا لم يملك النظر فيما عدا الستة الأشياء .. لم يملك النظر في الأشياء الستة .

إذا ثبت هذا : فإن أجمع الوصيّين معاً على التصرف .. جاز . وإن تشاحا ، فقال كل واحد منهما : أنا أنظر أو أفعل ، أو قال : لا أفعل أنا .. قال الشيخ أبو حامد : وقف الأمر ليتفقا ما لم يطل تشاحهما فإن طال .. أقام الحاكم عدلين لينظرا ؛ لأنّ هذا موضع ضرورة .

قال المسعودي [في «الإبانة» ق/ ٤٤٠] : فإذا استتاب أحدهما آخر عن نفسه ليتصرف مع الآخر .. جاز ؛ لأنّ رأي الاثنين حاصل^(١) .

فإن مات أحدهما ، أو فسق ، أو جنّ .. لم يكن للآخر أن ينفرد بالتصرف ؛ لأنّ الموصي لم يرض بنظره وحده ، بل يرفع الأمر إلى الحاكم ليقيم آخر مع الباقي منهما . فإن أراد الحاكم أن يفوض النظر إلى الباقي منهما ، أو ماتا ، أو فسقا فأراد الحاكم تفويض النظر إلى عدل واحد .. ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز ؛ لأنّ النظر قد صار إلى الحاكم ، فجاز أن يكون الباقي أميناً من قبل الحاكم ووصياً من الموصي .

والثاني : لا يصح ؛ لأنّ الموصي لم يرض إلا بنظر اثنين .

(١) في حاشية نسخة : (إلا أن يكون في موضع يجوز للموصي المنفرد أن يستنيب فيه) .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ : (إِذَا اختلفا . . قُسِمَ بَيْنَهُمَا مَا كَانَ يَنْقَسِمُ ، وَجُعِلَ فِي أَيْدِيهِمَا نَصْفَيْنِ ، وَأَمْرًا بِالاحتفاظِ بما لَمْ يَنْقَسِمِ) .

وَأختلفَ أَصْحَابُنَا فِي تَأْوِيلِ هَذَا :

فَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : إِنَّمَا عَطَفَ الشَّافِعِيُّ بِهَذَا عَلَى الْأُولَى ، وَهِيَ : إِذَا أَوْصَى إِلَيْهِمَا وَإِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَأُختلفَ فِي النَّظَرِ وَالتَّصَرُّفِ ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : أَنَا أَنْظَرُ وَحَدِي ، فَإِنْ كَانَ الشَّيْءُ مِمَّا يَنْقَسِمُ . . قُسِمَ بَيْنَهُمَا وَدُفِعَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصْفُهُ لِيَنْظَرَ فِيهِ وَيَتَصَرَّفَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأُولَى مِنَ الْآخَرِ .

قَالَ : وَلَا يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا كَقِسْمَةِ الْأَمْلاكِ وَلَكِنْ عَلَى جِهَةِ التَّقْرِيبِ وَالتَّعْدِيلِ ، بَأَن يَقْوَمَ وَيُدْفَعُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَيْءٌ بِقِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِقْرَارِ مِلْكٍ وَإِنَّمَا هُوَ لِلنَّظَرِ . فَمَا إِذَا أَوْصَى إِلَيْهِمَا مَعًا أَوْ أَوْصَى إِلَيْهِمَا وَأَطْلَقَ . . فَلَا يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْمَوْصِيَّ لَمْ يَرْضَ أَحَدَهُمَا ، وَلَكِنَّهُمَا يَجْتَمِعَانِ عَلَى النَّظَرِ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مُعْطَوْفَةٌ عَلَى مَا ^(١) إِذَا أَوْصَى إِلَيْهِمَا مَعًا وَمَنَعَ أَحَدَهُمَا عَنِ الْإِنْفِرَادِ فِي التَّصَرُّفِ ، أَوْ وَصَّى إِلَيْهِمَا وَأَطْلَقَ ، وَتَشَاحَا فِي الْحِفْظِ لَا فِي النَّظَرِ ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : أَنَا أَحْفَظُهُ إِلَى وَقْتِ النَّظَرِ ، فَإِنْ كَانَ بَحِيثٌ لَا يَنْقَسِمُ . . كَانَ تَحْتَ أَيْدِيهِمَا مَعًا . وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَنْقَسِمُ . . قُسِمَ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَدَّرُ اجْتِمَاعُهُمَا عَلَى حِفْظِهِ . وَهَذَا اخْتِيَارُ الشَّيْخِ أَبِي إِسْحَاقَ وَالْمَسْعُودِيِّ [فِي « الْإِبَانَةِ » ق/٤٤٠] .

فَرَعٌ : [تَوْقِيتُ مَدَّةِ الْوَصَايَةِ] :

إِذَا أَوْصَى إِلَيْهِ فِي شَيْءٍ مَدَّةً . . لَمْ يَصِرْ وَصِيًّا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمَدَّةِ .

وَإِنْ وَصَّى إِلَيْهِ فِي جِهَةٍ مِنَ التَّصَرُّفِ . . لَمْ يَصِرْ بِهَا وَصِيًّا لَهُ فِي غَيْرِهَا مِنَ الْجِهَاتِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٌ .

(١) فِي (م) : (عَلَيْهِ) .

وقال أبو حنيفة : (إذا أوصى إليه في جهة . . كَانَ وَصِيًّا فِيهَا وفي غيرها مِنَ الجهات ، مثل أن يوصي إليه في تفرقة ثلثه ، فَإِنَّهُ يَكُونُ وَصِيًّا فِي ذَلِكَ وفي قضاء دُيُونِهِ وَرَدِّ وَدَائِعِهِ ، وكذلك إذا أوصى إليه في نفقة أولاده الصغار . . صارَ وَصِيًّا بِالتَّفَقُّعِ عَلَيْهِمْ ، وبحفظ أموالهم ، والعقدِ عليها وغير ذلك) .

دليلنا : أَنَّهُ يَنْظَرُ بِتَوَلِّيهِ ، فَلَمْ يَجَاوِزْ نَظَرُهُ إِلَى غَيْرِ مَا وَلَّى فِيهِ ، كالوكيل ، وعكسه الأب والجد .

مسألة : [توكيل الوصي] :

إذا أوصى إليه بشيء . . فللوصي أن يوكِّلَ غَيْرَهُ في كُلِّ مَا لَمْ تَجِرِ الْعَادَةُ أَنْ يَتَوَلَّاهُ بِنَفْسِهِ ، كما قلنا في الوكيل .

وإنَّ وَصِيَّ إِلَيْهِ بِشَيْءٍ يَقْدِرُ عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ . . فهل لَهُ أَنْ يوكِّلَ غَيْرَهُ فِيهِ ؟ حكى الشيخُ أبو حامدٍ فِيهِ وَجْهَيْنِ :

أحدهما : لا يجوز ، كما قلنا في الوكيل .

والثاني : يجوز ، وهو المذهب ؛ لأنَّ تصرُّفَ الوصيِّ بولاية ؛ لَأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِيهَا لَمْ يَنْصَ لَهُ عَلَيْهِ ، فجازَ لَهُ التَّوَكُّلُ فِيهَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ ، كالأب والجد والحاكم ، بخلاف الوكيل .

فرع : [عدم الإذن للوصي بأن يوصي] :

وإنَّ أَوْصِيَّ إِلَى رَجُلٍ وَلَمْ يَأْذُنِ الْمُوصِي لِلْوَصِيِّ أَنْ يوصي . . فللوصي أن يتصرَّفَ ما عاشر ، وليسَ لَهُ أَنْ يوصيَ إِلَى غَيْرِهِ بِهِ . وبه قال الأوزاعي وأحمد وإسحاق .

وقال الثوري ، ومالك ، وأبو حنيفة وأصحابه : (للوصي أن يوصي) .

دليلنا : أَنَّهُ يَنْظَرُ بِتَوَلِّيهِ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْإِصْءَاءُ ، كالوكيل ، وفيه احترازٌ مِنَ الأب والجد .

وإنَّ قَالَ : أَوْصِيْتُ إِلَيْكَ ، فَإِنْ حَدَثَ بِكَ حَدَثٌ مِنْ فِسْقٍ ، أو جنونٍ ، أو موتٍ

فَقَدْ أَوْصِيْتُ إِلَى فُلَانٍ . . صَحَّ ؛ لَمَّا رَوَى : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ جَيْشًا وَقَالَ : « أَمِيرُكُمْ فُلَانٌ ، فَإِنْ أُصِيبَ . . فَفُلَانٌ ، فَإِنْ أُصِيبَ . . فَفُلَانٌ » (١) .

وَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فِي الْوَلَايَةِ . . ثَبَتَ فِي الْوَصِيَّةِ .

وَرَوَى : (أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَوْصَى إِلَى ابْنَتِهِ حَفْصَةَ ، فَإِذَا مَاتَتْ . . فَإِلَى ذَوِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا) .

و : (أَوْصَتْ فَاطِمَةُ إِلَى عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، فَإِذَا مَاتَ . . فَإِلَى ابْنَيْهِمَا عَلَيْهِمَا السَّلَامُ) (٢) .

وَإِنْ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ وَأَذِنَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَوْصِيَ عَنِ الْمَوْصِي . . قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : صَحَّ ذَلِكَ قَوْلًا وَاحِدًا .

وَإِنْ وَصَّى إِلَيْهِ أَنْ يَوْصِيَ عَنْ نَفْسِهِ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ .

وَذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَوْصِيْتُ إِلَيْكَ ، أَوْ أَذِنْتُ لَكَ إِنْ حَدَثَ بَكَ مَوْتُ أَنْ تَوْصِيَ إِلَى مَنْ شِئْتَ ، أَوْ قَالَ : إِنْ حَدَثَ بَكَ مَوْتُ فَمَنْ أَوْصِيْتُ إِلَيْهِ فَهُوَ وَصِيِّي ، أَوْ قَالَ : مَنْ أَوْصِيْتُ إِلَيْهِ فَقَدْ أَوْصِيْتُ إِلَيْهِ . . فَالْحُكْمُ فِي الْجَمِيعِ وَاحِدٌ .

قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي مَوْضِعٍ : (يَجُوزُ) ، وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ : (لَا يَجُوزُ) .

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ : فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَجُوزُ ذَلِكَ قَوْلًا وَاحِدًا ، وَهُوَ اخْتِيارُ أَبِي إِسْحَاقَ الْمُرُوزِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَوْصِيَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِنَفْسِهِ ، وَيَمْلِكُ أَنْ يَمْلِكَ غَيْرَهُ التَّصَرُّفَ بَعْدَ مَوْتِهِ وَهُوَ الْوَصِيُّ ، فَلَمَّا كَانَ لِلْمَوْصِي أَنْ يَمْلِكَ غَيْرَهُ التَّصَرُّفَ . . مَلَكَ أَنْ يَمْلِكَ غَيْرَهُ التَّوْلِيَةَ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أَكْثَرُ مِنَ الْوَكَالَةِ ، فَلَمَّا كَانَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكَّلَ بِإِذْنِ

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عَمْرِو بْنِ الْبَخَارِيِّ (٤٢٦١) فِي الْمَغَازِي وَفِيهِ : « إِنْ قَتَلَ زَيْدٌ . . فَجَعْفَرٌ ، وَإِنْ قَتَلَ جَعْفَرٌ . . فَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ » . قَالَ الْحَافِظُ فِي « الْفَتْحِ » (٥٨٤ / ٧) : وَفِي حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ عِنْدَ أَحْمَدَ وَالنَّسَائِيِّ بِإِسْنَادٍ صَحِيحٍ : « إِنْ قَتَلَ زَيْدٌ . . فَأَمِيرُكُمْ جَعْفَرٌ » وَرَوَى أَحْمَدُ وَالنَّسَائِيُّ وَصَحَّحَهُ ابْنُ حِبَّانَ مِنْ حَدِيثِ أَبِي قَتَادَةَ . . وَقَالَ : « عَلَيْكُمْ زَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ ، فَإِنْ أَصِيبَ زَيْدٌ . . فَجَعْفَرٌ » فَذَكَرَ الْحَدِيثَ .

(٢) أَوْرَدَهُ الْحَافِظُ فِي « تَلْخِيسِ الْحَبِيرِ » (١١١ / ٣) فِي الْوَصَايَا وَقَالَ : لَمْ أَرَهُ .

الموكل . . كَانَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يوصِيَ إِلَى غَيْرِهِ بِإِذْنِ الموصي .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ ، وَهُوَ اخْتِيارُ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ :

أَحَدُهُمَا : يَجُوزُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالثَّوْرِيُّ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ .

وَالثَّانِي : لَا يَجُوزُ . وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ ؛ لِأَنَّ الوَصِيَّ يَعْقِدُ الوَصِيَّةَ عَنِ

الْمَيِّتِ بِإِذْنِهِ وَلَا إِذْنَ لِلْمَيِّتِ - فِي حَالِ لَا وِلَايَةَ لِلْمَيِّتِ - لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ ، فَلَمْ يَصَحَّ .

وَإِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ ، فَإِنْ حَدَثَ بَكَ حَادِثٌ ، فَأَوْصِ إِلَى فُلَانٍ ، فَإِنْ قُلْنَا فِي

الَّتِي قَبْلَهَا : يَصَحُّ قَوْلًا وَاحِدًا . . فَهَاهُنَا أَوْلَى أَنْ يَصَحَّ .

وَإِنْ قُلْنَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا : إِنَّهَا عَلَى قَوْلَيْنِ . . ففِي هَذِهِ طَرِيقَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّهَا عَلَى قَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّا إِنَّمَا مَنَعْنَا الوَصِيَّةَ ؛ لِأَنَّ الوَصِيَّ يَعْقِدُ الوَصِيَّةَ لِأَخَرٍ

عَنْ إِذْنِ مَنْ لَا إِذْنَ لَهُ فِي حَالِ الْعَقْدِ ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ هَاهُنَا .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَصَحُّ هَاهُنَا قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الموصيَ قَطَعَ اجْتِهَادَهُ بِالْتَّعْيِينِ^(١) .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

فَرَعٌ : [يَشْتَرَطُ قَبُولُ الوَصِي] :

وَإِذَا أَوْصَى إِلَيْهِ . . لَمْ يَمْلِكِ الوَصِيُّ التَّصَرُّفَ إِلَّا بِالْقَبُولِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ . فَإِنْ

قَبِلَ بَعْدَ مَوْتِ الموصي . . صَحَّ ، كَالْوَصِيَّةِ لَهُ . وَإِنْ قَبِلَ قَبْلَ مَوْتِ الموصي . . فَهَلْ

يَصَحُّ قَبُولُهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَصَحُّ ، كَالْوَصِيَّةِ لَهُ .

وَالثَّانِي : يَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ فَجَازَ الْقَبُولُ فِيهِ بَعْدَ الْإِجَابِ ، كَالْوَكَالَةِ .

فَإِذَا قُلْنَا بِهِذَا : فَلِلْوَصِيِّ أَنْ يَعْزِلَ نَفْسَهُ فِي حَيَاةِ الموصي . فَإِذَا عَزَلَ نَفْسَهُ . . أُنْعَزَلَ

وَلَمْ تَعُدِ الوَصِيَّةُ إِلَيْهِ إِلَّا بِوَصِيَّةٍ أُخْرَى ، وَسَوَاءٌ عَزَلَ نَفْسَهُ بِحَضْرَةِ الموصي أَوْ بَغَيْبَتِهِ .

(١) فِي (م) : (بِالْيَقِينِ) .

وقال أبو حنيفة : (إذا عزل نفسه في حياة الموصي . . لم يعزل حتى يرده في وجهه) يعني : بحضرته .

دليلنا : أنه قطع عقد لا يفتقر إلى رضاه ، فلم يفتقر إلى حضوره ، كالوكالة والطلاق .

وإن قلنا : لا يصح قبوله إلا بعد موت الموصي . . فلا حكم بعزله نفسه في حياة الموصي . فإن قبل الوصية بعد موت الموصي ثم عزل نفسه . . أنعزل ورفع الأمر إلى الحاكم ؛ ليقيم غيره مقامه .

وقال أبو حنيفة : (إذا مات الموصي وقبل الوصي الوصية . . لزم الوصية إليه ، فلا يملك عزل نفسه ، ولا يملك الحاكم عزله إلا بأن يعجز أو يقرب بالعجز ، فيقيم الحاكم مقامه) .

دليلنا : أنه ينظر بتوليّه ، فملك عزل نفسه كالوكيل . وللموصي أن يعزل الوصي ؛ لأنه أذن له في التصرف ، فجاز له عزله ، كالموكل .

مسألة : [ما يقوم به الوصي] :

قال الشافعي : (ويخرج الوصي من مال اليتيم كل ما لزمه من زكاة ماله وجنائته وما لا غنى به عنه) .

وجملة ذلك : أن الوصي يخرج من مال الصغير زكاة ماله ، وزكاة فطره ، ومماليكه ؛ لما روي عن علي رضي الله عنه : أنه كان في يده مال ليتيم ، فلما بلغ . . رده إليه ، فوجده ناقصاً ، فسأله عن ذلك ، فقال : أحسبوا قدر الزكاة ، فحسبوا ، فإذا هو قدر النقصان ، فقال علي : (أفتراني ألي مالا لا أخرج الزكاة منه)^(١) ، ولأن ذلك حق واجب ، فكان على الولي إخراجهُ .

(١) أخرج خبر علي المرتضى عن عبيد الله بن أبي رافع عبد الرزاق في « المصنف » (٦٩٨٦) في الزكاة ، باب : صدقة مال اليتيم ، ونحوه عند أبي عبيد في « الأموال » (١٣٠٥) و (١٣٠٦) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (١٠٧ / ٤) و (٢٨٥ / ٦) في الوصايا .

وإن قتل الصغير آدمياً عنداً أو خطأ . وجب عليه الكفارة ، وأخرجها الولي من ماله ، ويخرج عنه ما وجب عليه بأرش الجناية وإتلاف المال ؛ لأن ذلك واجب عليه ، فهو كالزكاة . وإنما يخرج الولي الأرض وبدل المتلف من ماله إذا قامت البيّنة على إتلافه . فأما بإقراره . فلا يتصور ذلك ؛ لأنه غير مكلف ، فلا حكم لإقراره .

وإن أقر الوصي عليه . لم يلتفت إلى إقراره ؛ لأنه أقرّ عليه بما فيه ضرر عليه ، فلم يقبل ، وينفق عليه الوصي ويكسوه بالمعروف ؛ لأنّ ماله مُرصد لمصالحه ، ونفقته وكسوته منها . فإن أنفق عليه أو كساه أكثر من المعروف . لزم الوصي ضمان الزيادة ؛ لأنه مفرط فيها .

فإن بلغ الصبي رشيداً . سلّم إليه ماله .

وإن اختلف هو والوصي في قدر ما أنفق عليه الوصي ، فإن كان ما يدّعيه الوصي أكثر من النفقة بالمعروف . لزم الوصي ضمان الزيادة . وإن كان ما يدّعيه النفقة بالمعروف . فالقول قول الوصي مع يمينه ؛ لأنه أمين فقبل قوله فيه .

وإن اختلفا في قدر مدة الإنفاق عليه ، بأن قال الوصي : مات أبوك من عشر سنين وأنفقت عليك فيها ، وقال : بل مات أبي من ثماني سنين . ففيه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو إسحاق :

أحدهما - وهو قول أبي سعيد الإصطخري - : أنّ القول قول الوصي ، كما لو اختلفا في قدر النفقة .

والثاني - وهو قول أكثر أصحابنا ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره - : أنّ القول قول الموصي عليه ؛ لأنّ الأصل حياة الأب ، ويمكن الوصي إقامة البيّنة على ذلك بخلاف قدر النفقة .

وإن ادّعى الوصي أنّه دفع إليه ماله بعد البلوغ وأنكر الموصي عليه . ففيه وجهان : أحدهما - وهو المنصوص - : (أنّ القول قول الموصي عليه ؛ لأنه لم ياتمه على المال ، فلم يقبل قوله عليه ، كالمودع إذا ادّعى دفع الوديعة إلى وارث المودع ، والملتقط إذا ادّعى دفع اللقطة إلى مالكها) .

والثاني : أنَّ القولَ قولَ الوصيِّ ، كما قلنا في النفقة .

وإنَّ بَلَغَ الصَّبِيُّ غَيْرَ رَشِيدٍ . . أَسْتَدِيمَ عَلَيْهِ الْحَجْرُ وَلَمْ يُسَلِّمْ إِلَيْهِ مَالَهُ ، بَلْ يُنْفِقُ عَلَيْهِ وَيَكْسُوهُ وَيُخْرِجُ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ كَمَا كَانَ قَبْلَ الْبُلُوغِ .

قَالَ الشَّافِعِيُّ : (فَإِنْ كَانَ مُتْلِفًا يُبْذَرُ مَا يُعْطَى مِنْ نَفَقَةِ أُسْبُوعٍ . . أَعْطَاهُ نَفَقَةَ يَوْمٍ فَيَوْمٍ . وَإِنْ كَانَ يَتْلِفُ مَا يُعْطِيهِ مِنْ نَفَقَةِ يَوْمٍ . . فَإِنَّ الْوَصِيَّ يَجْلِسُهُ ^(١) عِنْدَهُ وَيَحْضُرُ الطَّعَامَ وَيَأْكُلُهُ وَهُوَ بَيْنَ يَدَيْهِ) .

فَإِنْ كَانَ يَخْرِقُ الثِّيَابَ ، أَوْ كَانَ مَجْنُونًا كَثِيرَ الْخَرَقِ ^(٢) . . قَالَ الشَّافِعِيُّ : (قَرَّعَهُ ^(٣) الْوَلِيُّ وَهَدَّاهُ فَإِنْ تَهَيَّبَ وَارْتَدَعَ وَإِلَّا . . فَإِنَّ الْوَلِيَّ يُجْلِسُهُ فِي الْبَيْتِ غُرْبَانًا بِمُتَزَرٍّ يَسْتُرُ عَوْرَتَهُ وَيَصْلِي فِيهِ ، فَإِذَا أَخْرَجَهُ إِلَى النَّاسِ . . كَسَاهُ ، فَإِذَا رَدَّه . . نَزَعَ عَنْهُ ذَلِكَ) .
وَإِنْ أَحْتَاجَ إِلَى خَادِمٍ ، وَمِثْلُهُ يُخْدَمُ . . قَالَ الشَّافِعِيُّ : (أَشْتَرَى لَهُ خَادِمًا) .

وَأَمَّا إِنْكَاحُهُ : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُحْتَاجًا إِلَيْهِ . . لَمْ يَزَوِّجْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ بِهِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ الْمَهْرُ ، وَالنَّفَقَةُ ، وَالْكَسْوَةُ . وَإِنْ أَحْتَاجَ إِلَى النِّكَاحِ . . زَوَّجَهُ الْوَصِيُّ ^(٤) ؛ لِثَلَاثٍ يُقَدِّمَ عَلَى الْزَّوْنِ ، فَيَكُونُ فِيهِ رَجْمُهُ أَوْ حُدُّهُ . وَصِيَانَةُ نَفْسِهِ أَوْلَى مِنْ صِيَانَةِ مَالِهِ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : وَلَا يَزِيدُ عَلَى وَاحِدَةٍ ؛ لِأَنَّ الْكِفَايَةَ تَقَعُ بِهَا ، بِخِلَافِ الْأَبِ وَالْجَدِّ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَزَوِّجَ الصَّغِيرَ بِأَرْبَعٍ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَتَّهَمٍ فِي ذَلِكَ .

مَسْأَلَةٌ : [مَا يَلْحَقُ الْمَيِّتَ بَعْدَ الْوَفَاةِ] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي « الْإِمْلَاءِ » : (يَلْحَقُ الْمَيِّتَ مِنْ فِعْلٍ غَيْرِهِ وَعَمَلِهِ حَجٌّ يُؤَدَّى عَنْهُ ، أَوْ مَالٌ يُتَصَدَّقُ بِهِ ، أَوْ دَيْنٌ يُقْضَى ، أَوْ دَعَاءٌ) .

وَجَمَلُهُ ذَلِكَ : أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَعَلَيْهِ حَجٌّ فَرَضِي إِمَّا حَجَّةُ الْإِسْلَامِ ، أَوْ الْقَضَاءُ أَوْ

(١) فِي (م) : (يَحْبِسُهُ) .

(٢) الْخَرَقُ : الْحَمَقُ ، يُقَالُ خَرَقُ خُرْقًا : حَمَقَ ، وَ- الشَّيْءُ - : جَهَلَهُ وَلَمْ يَحْسَنْ عَمَلَهُ .

(٣) قَرَّعَهُ : لَامَهُ وَعَاتَبَهُ وَأَنْبَهَ .

(٤) فِي (م) : (الْوَلِيُّ) .

النذر ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ . . وَجَبَ قضاؤه مِنْ مَالِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ففعله الوارثُ أو الأجنبيُّ عنه . . صحَّ ؛ لما روي : أَنَّ امرأةً مِنْ خَتَمِ أَسْتَأْذِنَتِ النَّبِيَّ ﷺ فِي الْحَجِّ عَنْ أَبِيهَا فَأَذِنَ لَهَا ، قَالَتْ : أَيْنَعُهُ ذَلِكَ ؟ قَالَ : « نَعَمْ كَمَا لَوْ كَانَ عَلَى أَبِيكَ دَيْنٌ . . فَقَضَيْتِهِ ، نَفَعَهُ » .

وإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ حَجٌّ فَرَضَ ، فَأَرَادَ إِنْسَانٌ أَنْ يَتَطَوَّعَ بِالْحَجِّ عَنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . . لَمْ يَجُزْ ، وَلَمْ يَلْحَقْهُ ثَوَابُهُ ؛ لِأَنَّ تَطَوُّعَهُ لَا يَلْحَقُ غَيْرَهُ . وَإِنْ أَوْصَى بِهِ . . فِيهِ قَوْلَانِ ، وَقَدْ مَضَى ذَلِكَ فِي الْحَجِّ .

وَأَمَّا الصَّدَقَةُ : فَيَجُوزُ لِلوَارِثِ وَالْأَجْنَبِيِّ أَنْ يَتَصَدَّقَ عَنِ الْمَيِّتِ ، وَيَلْحَقُ الْمَيِّتَ ثَوَابُهَا ؛ لما روي : (أَنَّ رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ ﷺ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ! إِنْ أُمِّي أَفْتَلَتَتْ نَفْسُهَا ، وَلَوْ لَا ذَلِكَ لَوْهَبْتُ وَتَصَدَّقْتُ ، أَأَتَصَدَّقُ عَنْهَا ؟ قَالَ : « نَعَمْ » قَالَ : فَإِنْ لِيَ مَخْرَفًا فَأَشْهَدُكَ أَنِّي قَدْ تَصَدَّقْتُ بِهِ عَنْهَا)^(١) .

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَوَاسِعٌ فِي فَضْلِ اللَّهِ أَنْ يَثِيبَ الْمُتَصَدِّقَ أَيْضًا) .

وَأَمَّا الدَّيْنُ : فَيَجُوزُ لِلوَارِثِ وَالْأَجْنَبِيِّ أَنْ يَقْضِيَهُ عَنِ الْمَيِّتِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي حَدِيثِ الْخَثْعَمِيَّةِ .

وَرَوَى : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : أَتَى بِجَنَازَةٍ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهَا ، فَقَالَ : « هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ دَيْنٌ ؟ » قَالُوا : نَعَمْ ، دَيْنَارَانِ . فَتَحَمَّلَهُمَا أَبُو قَتَادَةَ ، فَصَلَّى عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ ، فَلَمَّا قَضَاهُمَا أَبُو قَتَادَةَ . . قَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ : « الْآنَ بَرَدَتْ عَلَيْهِ جِلْدُهُ » .

وَأَمَّا الدُّعَاءُ : فَيَلْحَقُ الْمَيِّتَ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ عَائِشَةَ الصَّدِيقَةِ بَنُوهُ الْبَخَارِيُّ (١٣٨٨) فِي الْجَنَائِزِ ، وَمُسْلِمٌ (١٠٠٤) فِي الزَّكَاةِ ، بَابُ : وَصُولِ ثَوَابِ الصَّدَقَةِ عَنِ الْمَيِّتِ . افْتَلَتَتْ : مَاتَتْ فَجَاءَتْ . وَهَبَتْ : تَصَدَّقَتْ . مَخْرَفًا : بَسْتَانًا . وَبِهَذَا يَسْتَدَلُّ عَلَى أَنَّ الْإِسْتِغْفَارَ وَالْدُّعَاءَ وَالصَّدَقَةَ وَالْعَتَقَ وَالْحَجَّ وَقِرَاءَةَ الْقُرْآنِ مُسْتَحَبَّةٌ وَيَصِلُ ثَوَابُهَا إِلَى الْمَيِّتِ . قَالَ ابْنُ الصَّلَاحِ : فِي إِهْدَاءِ الْقُرْآنِ خِلَافٌ لِلْفُقَهَاءِ ، وَالَّذِي عَلَيْهِ عَمَلُ أَكْثَرِ النَّاسِ تَجْوِيزُ ذَلِكَ ، وَيَنْبَغِي لِمَنْ أَرَادَ ذَلِكَ أَنْ يَقُولَ : اَللَّهُمَّ أَوْصِلْ مِثْلَ ثَوَابِ مَا قَرَأْتَهُ لِفُلَانٍ ، فَيُجْعَلْ دُعَاءٌ ، وَلَا خِلَافٌ فِي نَفْعِ الدُّعَاءِ وَوَصُولِهِ ، وَأَهْلُ الْخَيْرِ قَدْ وَجَدُوا الْبِرَكَةَ فِي مُوَاصَلَةِ الْأَمْوَاتِ بِالْقِرَاءَةِ وَالْدُّعَاءِ .

أَغْفِرَ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ ﴿١٠﴾ . فلولاً أَنَّ الدَّعَاءَ يُلْحَقُهُمْ . . لَمَّا أَتْنِي عَلَيْهِمُ بِالْدَّعَاءِ لِإِخْوَانِهِمْ .

وروي : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ . . انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ : صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ ، وَعِلْمٌ يُنْتَفَعُ بِهِ ، وَوَلَدٌ صَالِحٌ يَدْعُو لَهُ »^(١) .
فمعنى (الصدقة الجارية) : الوقف .

ومعنى (العلم المنتفع به) : إِمَّا كُتِبَ عَلَيْهِ وَقْفَهَا ، أَوْ عَلَّمَ غَيْرَهُ .

فَأَمَّا مَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْقُرْبِ ، كَالصَّلَاةِ وَالْقِرَاءَةِ وَالذِّكْرِ . . فلا يلحق الميت ثوابها بفعل الغير لها عنه ، قَالَ أَصْحَابُنَا : إِلَّا أَنَّهُ إِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ عِنْدَ الْقَبْرِ أَوْ الْمَيِّتِ . . فَإِنَّ ثَوَابَ الْقِرَاءَةِ لِلْقَارِئِ ، وَلَكِنَّ الرَّحْمَةَ تَنْزِلُ حَيْثُ يُقْرَأُ الْقُرْآنُ ، فَيُرْجَى أَنْ تَعَمَّ الرَّحْمَةُ الْمَيِّتَ ؛ لِأَنَّهُ كَالْجَالِسِ بَيْنَهُمْ . هَذَا مَذْهَبُنَا .

وحكي عَنْ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ : أَنَّهُ قَالَ : (يلحق الميت ثواب ما يفعل عنه مِنَ الصَّلَاةِ ، وَالْقِرَاءَةِ ، وَالذِّكْرِ) .

ودليلنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ﴾ [النجم : ٣٩] وهذا عمومٌ إِلَّا فيما خصَّه الدليل .

وقوله ﷺ : « إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ . . انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ : صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ ، وَعِلْمٌ يُنْتَفَعُ بِهِ ، وَوَلَدٌ صَالِحٌ يَدْعُو لَهُ » . وهذا ليس بواحدٍ منها .

وإن أعتق عَنِ الْمَيِّتِ رَقَبَةً ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي ذِمَّتِهِ رَقَبَةٌ مِنْ كَفَّارَةٍ مُتَحْتَمَّةٍ بِالْعَتَقِ أَوْ بِالنَّذْرِ ، وَلَا أَوْصَى بِهَا . . لَمْ يَقَعْ ذَلِكَ الْعَتَقُ عَنِ الْمَيِّتِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ كَانَ فِي ذِمَّتِهِ عَتَقُ رَقَبَةٍ مُتَحْتَمَّةٍ مِنْ نَذْرٍ أَوْ كَفَّارَةٍ قَتْلٍ أَوْ ظَهَارٍ ، فَأَعْتَقَ عَنْهُ الْوَارِثُ أَوْ الْوَصِيُّ . . صَحَّ ذَلِكَ عَنِ الْمَيِّتِ وَإِنْ كَانَ بغيرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ وَهُمَا يَقُومَانِ مَقَامَهُ فِي آدَاءِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ .

(١) أخرجه عن أبي هريرة مسلم (١٦٣١) في الوصية ، باب : ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته .

وإن كَانَ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ فَأَعْتَقَ عَنْهُ رَقَبَةً بَعْدَ مَوْتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . . فهل تَقَعُ^(١) عَنْهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : تَقَعُ عَنِ الْمَيِّتِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَفَّرَ بِهَا فِي حَيَاتِهِ . . لَصَحَّ ، فَإِذَا أَعْتَقَهَا عَنْهُ غَيْرُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ . . وَقَعَتْ عَنْهُ ، كَكَفَّارَةِ الظَّهَارِ .

وَالثَّانِي : لَا تَقَعُ عَنْهُ ، بَلْ تَقَعُ عَنِ الْمَعْتِقِ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ كَانَ غَيْرَ مُتَحْتِمٍّ عَلَيْهِ ، بَلْ كَانَ مَخِيرًا : بَيْنَ الْإِطْعَامِ وَالْكَسْوَةِ وَالْعَتَقِ ، فَصَارَ كَمَا لَوْ تَطَوَّعَ عَنْهُ بِالْعَتَقِ .

فِرْعُ : [اِخْتِلَافُ الْوَرِثَةِ وَالْمَوْصِي لَهُ] :

إِذَا قَالَ : إِنِّ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا . . فَلِزَيْدٍ كَذَا ، فَمَاتَ ، فَأَدَّعَى الْمَوْصِي لَهُ أَنَّهُ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ ، وَقَالَ الْوَرِثَةُ : بَلْ بَرِئَ مِنْهُ ، ثُمَّ مَاتَ . . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرِثَةِ مَعَ أَيْمَانِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ انْتِقَالُ الْمِلْكِ إِلَيْهِمْ إِلَّا أَنْ يَثْبِتَ مَا يَصْرِفُهُ عَنْهُمْ ، وَلَمْ يَثْبِتْ .

وَاللَّهُ أَعْلَمُ وَهُوَ وَلِيُّ التَّوْفِيقِ^(٢)

* * *

(١) فِي (م) : (نَصَحَ) .

(٢) فِي هَامِشِ نَسْخَةِ : (وَجَدْتُ هُنَا فِي الْأَصْلِ ، قَالَ الْمَصْنَفُ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : انْتَهَى الْجُزْءُ الرَّابِعُ وَيَتْلُوهُ فِي أَوَّلِ الْجُزْءِ الْخَامِسِ (كِتَابُ الْعَتَقِ) وَالْحَمْدُ لِلَّهِ حَقَّ حَمْدِهِ كَثِيرًا طَيِّبًا مُبَارَكًا فِيهِ وَمُبَارَكًا عَلَيْهِ ، كَمَا يُحِبُّ رَبُّنَا وَيَرْضَى ، وَصَلَوَاتُهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ النَّبِيِّ وَعَلَى آلِهِ وَأَصْحَابِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا كَثِيرًا دَائِمًا مَوْفُورًا) .

کتاب العتق

كتاب العتق^(١)

الأصلُ في السَّتْقِ : قوله تعالى : ﴿ وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ ﴾

[الأحزاب : ٣٧] .

قال أهلُ التفسيرِ : أنعمَ الله عليه بالإسلام ، وأنعمت عليه بالعتق .

وقوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [النساء : ٩٢] في مواضع من القرآن .

وروى واثله بنُ الأسقع قال : أتينا النبي ﷺ في صاحبٍ لنا أوجب النارَ بالقتلِ ،

فقال : « أَعْتَقُوا عَنْهُ رَقَبَةً يُعْتِقَ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهَا عَضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ »^(٢) .

(١) العتق لغة - مأخوذ من قولهم عتق الفرخ - : إذا طار واستقل ، وعتق الفرس : إذا سبق ونجا ، ويطلق على : النجاة والشرف والحرية والخروج من الرق . وشرعاً : إزالة ملك عن آدمي لا إلى مالك تقريباً إلى الله تبارك وتعالى .

وقد شرعه الدين القويم وحث على فعله قال تعالى : ﴿ فَكُلُّ رَقَبَةٍ ﴾ [البلد : ١٣] . والإسلام لم يرغب في الرق ، وإنما رغب في العتق ، وإنما أجاز بعض صوره في الأصل مجازاةً للكافرين ومعاملة لهم بالمثل ، ومع هذا فقد جعل الإسلام سبلاً من أعمال البر لحرية الأرقاء . وسيأتي بيانها في محالها .

وأركان العتق ثلاثة : معتق ، وعتيق ، وصيغة .

(٢) أخرجه عن واثله بن الأسقع رضي الله عنه أحمد في « المسند » (٣ / ٤٩٠ - ٤٩١) ، وأبو داود (٣٩٤٦) ، والنسائي في « الكبرى » (٤٨٩٢) ، وابن حبان في « الإحسان » (٤٣٠٧) ، والطبراني في « الكبير » (٢١٨ / ٢٢) وإلى (٢٢١) ، والحاكم في « المستدرک » (٢ / ٢١٢) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٨ / ١٣٢ - ١٣٣) في العتق بإسناد صحيح .

وجاء في هامش نسخة : (خصت الرقبة بالذكر دون سائر الأعضاء ؛ لأن ملك السيد للعبد كالجبل في رقبة العبد كالغل ، هو محبوس به كما تحبس الدابة بحبل في عنقها ، فإذا أعتق . . فكأنه أطلق من ذلك . من « شرح التنبيه » لابن الرفعة) .

وقال ﷺ : « أَلَوْلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ^(١) .

وأجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القرية به ^(٢) .

ولا يصح العتق إلا ممن يصح تصرفه في المال ، كما قلنا في الهبة .

فإن أعتق الموقوف عليه العبد الموقوف . . لم يصح عتقه ؛ لأنه لا يملكه ملكاً تاماً .

وإن أعتق في مرض موته عبداً له وعليه دين يستغرق تركته . . لم يصح ؛ لأن عتقه وصية ، والدين مقدم على الوصية .

وإن أعتق عبداً جانياً . . فهو كما لو أعتق عبداً مرهوناً ، وقد مضى بيانه .

إذا ثبت هذا : فإن العتق يقع بالصريح من غير نية ، وبالكناية مع النية .

(و) الصريح : العتق والحرية ؛ لأنه ثبت لهما عرف الشرع واللغة .

(و) الكناية : مثل قوله : خلّيتك ، وسيتك ، وحبلك على غاريك ، ولا سبيل

لي عليك ، ولا سلطان لي عليك ، وأنت لله ، وأنت طالق ؛ لأنه يحتمل العتق وغيره ، فوقع به العتق مع النية .

فإن قال لأمنه : أنت عليّ كظهر أمي ونوى به العتق . . ففيه وجهان :

أحدهما : تعتق ؛ لأنه يوجب تحرير الزوجة ، فأشبه الطلاق .

والثاني : لا تعتق ؛ لأنه لا يزيل الملك عن الزوجة ، فهو كالإيلاء .

وإن قال : فككت رقبتك . . ففيه وجهان :

(١) طرف حديث أخرجه من طرق عن عائشة أم المؤمنين مالك في « الموطأ » (٧٨٠ / ٢) ،
والشافعي في « ترتيب المسند » (٢٢٩ / ٢) ، وأحمد في « المسند » (٥٤٢ / ٦) ، والبخاري
(١٤٩٣) في الزكاة ، ومسلم (١٥٠٤) ، وأبو داود (٣٩٢٩) في العتق ، والترمذي بنحوه
(١٢٥٦) ، والنسائي في « الصغرى » (٤٦٤٣) في البيوع وفي « الكبرى » (٥٠١٧) ، وابن
ماجه (٢٥٢١) في العتق .

(٢) قال ابن المنذر في « الإجماع » (٧٢٨) : أجمع أهل العلم على أن الرجل إذا أعتق عبداً له في
صحته وهو موسر . . أن عتقه ماض عليه .

أحدهما : أنه صريحٌ في العتق ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَكَرَبَ ﴾ [البعد : ١٣] .
والثاني : يحتملُ أنه كنايةٌ في العتق ؛ لأنه يُستعملُ في العتق وغيره .

مسألة : [عتق أحد الشريكين نصيبه] :

وإن كان عبدٌ بينَ نفسين ، فأعتقَ أحدهما نصيبه فيه ، فإن كان معسراً بقيمة باقية . .
عتق نصيبه ورقاً نصيب شريكه .

وإن كان موسراً بقيمة نصيب شريكه ، بحيث يملك قيمة نصيب شريكه فاضلاً عن
قوت يومه . . سرى عتقه إلى نصيب شريكه ، وعتق عليه ، وقوم عليه نصيب شريكه .
هذا مذهبنا .

وقال أبو حنيفة : (لا يسري ، وإنما يستحق إعتاق نصيب الشريك . وإن كان
المعتق معسراً . . كان المالك للنصيب مخيراً بين شيئين : بين أن يعتق نصيب نفسه
ويكون الولاء بينه وبين شريكه ، وبين أن يستسعي العبد في قيمة نصيبه ، فإذا أداؤه . .
عتق عليه ، وكان الولاء بينه وبين شريكه .

وإن كان المعتق موسراً . . كان شريكه مخيراً بين ثلاثة أشياء : بين أن يعتق نصيبه ،
وبين أن يستسعي العبد في قيمة نصيبه ويكون الولاء بينهما في هذين ، وبين أن يضمّن
شريكه المعتق قيمة نصيبه ويكون جميع الولاء للشريك المعتق ، ثم يرجع المعتق في
سعاية العبد بما غرّمه من قيمته) .

وقال ابنُ أبي ليلى ، وابنُ شبرمة ، والثوري ، وأبو يوسف ، ومحمد : يسري
العتق في الحال بكلّ حال . وإن كان المعتق موسراً . . غرم قيمة نصيب شريكه . وإن
كان معسراً . . استسعى العبد في قيمة نصيبه .

وقال ربيعة : لا يعتق نصيب الشريك بحالٍ إلا أن يرضى الشريك .

وقال عثمانُ البتي : لا يعتق نصيب الشريك بحالٍ .

دليلنا : ما روى ابنُ عمر رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ قال : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ

فِي عَبْدٍ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَا يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ . قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيمَةٌ عَدْلٍ ، وَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَإِلَّا . فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ ، وَرَقٌّ مِنْهُ مَارَقٌ ^(١) .

فرعٌ : [العبد المسلم بين مسلم وكافر] :

وإن كان العبدُ المسلمُ مشتركاً بينَ كافرين ، أو بينَ مسلمٍ وكافرٍ : فأعتقَ الكافرُ نصيبَهُ فيه . . عتقَ نصيبَهُ . فإن كانَ موسراً بقيمةَ نصيبِ شريكِهِ . فهل يَقُومُ عليه ؟
مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ شِرَاءَ الْكَافِرِ لِلْمُسْلِمِ هَلْ يَصِحُّ ؟
فإن قلنا : لا يَصِحُّ . . لَمْ يَقُومْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ التَّقْوِيمَ يوجبُ الْمِلْكَ .
وإن قلنا : يَصِحُّ شِرَاؤُهُ . . قُومَ عَلَيْهِ نصيبُ شريكِهِ .

ومَنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَقُومُ عَلَيْهِ هَاهُنَا قَوْلًا وَاحِدًا ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ ؛ لِأَنَّهُ تَقْوِيمٌ مُتَلَفٍ فَاسْتَوَى فِيهِ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ فِي الْإِتْلَافِ . وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ هَاهُنَا تَكْمِيلُ الْأَحْكَامِ لَا الْمِلْكَ ، بِخِلَافِ الشِّرَاءِ .

فرعٌ : [وقت عتق نصيب الشريك] :

ومتى يُعتَقُ نصيبُ الشريكِ ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ :

أَحَدُهَا : يُعتَقُ بِنَفْسِ اللَّفْظِ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو عَمْرٍ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عَمْرٍ مِنْ طَرَقٍ وَبِالْفَاظِ مُتَقَارِبَةً مَالِكٌ فِي « الْمَوْطَأِ » (٧٧٢ / ٢) ، وَالشَّافِعِيُّ فِي « تَرْتِيبِ الْمُسْنَدِ » (٢١٧ / ٢) وَ (٢١٨) فِي الْعَتَقِ ، وَابْنُ خَالٍ (٢٤٩١) فِي الشَّرْكَاءِ وَ (٢٥٢٢) ، وَمُسْلِمٌ (١٥٠١) ، وَأَبُو دَاوُدَ (٣٩٤٠) فِي الْعَتَقِ ، وَالتِّرْمِذِيُّ (١٣٤٦) وَ (١٣٤٧) فِي الْأَحْكَامِ ، وَالنَّسَائِيُّ فِي « الْكِبَرِيِّ » (٤٩٤٦) وَ (٤٩٤٧) فِي الْعَتَقِ وَفِي « الصَّغَرِيِّ » (٤٦٩٨) وَ (٤٦٩٩) فِي الْبَيْعِ ، وَابْنُ مَاجَهَ (٢٥٢٨) ، وَابْنُ الْجَارُودِ فِي « الْمُنْتَقَى » (٩٧٠) ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي « السَّنَنِ الْكِبَرِيِّ » (١٠ / ٢٧٤ وَ ٢٧٥ وَ ٢٧٧) فِي الْعَتَقِ . قَالَ التِّرْمِذِيُّ عَنْ كِلَيْهِمَا : حَسَنٌ صَحِيحٌ . قَالَ الْبُخَارِيُّ : لَا أُدْرِي قَوْلُهُ : (عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ) قَوْلٌ مِنْ نَافِعٍ أَوْ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ . وَكَذَلِكَ لَمْ نَرِ قَوْلَهُ : (وَرَقٌّ مِنْهُ مَارَقٌ) . وَمِنْ أَلْفَاظِهِ : « مَنْ أَعْتَقَ نَصِيبًا أَوْ قَالَ شَقْصًا » وَ : « مَنْ كَانَ لَهُ شَرَكَةٌ فِي عَبْدٍ » . وَ : « أَيُّمَا عَبْدٍ كَانَ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدَهُمَا . . . »

قِيمَةُ عَدْلٍ - بِالْفَتْحِ - : أَيُّ ثَمَنًا مُعْتَدَلًا لَا زِيَادَةَ فِيهِ وَلَا نَقْصَانًا .

قَالَ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ وَلَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَهُ . فَهُوَ عَتِيقٌ » .

وَلَأَنَّ قَدَرَ الْقِيَمَةِ مُعْتَبَرٌ بِحَالِ الْعَتَقِ ، فَثَبِتَ أَنَّ الْعَتَقَ قَدْ نَفَذَ فِي تِلْكَ الْحَالِ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ إِلَّا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ ، فَإِنْ كَانَ مُؤَسَّرًا . قُومَ عَلَيْهِ لَا وَكَسَ وَلَا شَطَطَ ، ثُمَّ يَعْتَقُ » ^(١)

و (الْوَكَسُ) : النقصان . و (الشَّطَطُ) : الزيادة .

وَرَوَى : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ . فَعَلَيْهِ خَلَاصُهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ » ^(٢) فَثَبِتَ أَنَّهُ بَاقٍ عَلَى الرِّقِّ .

وَالثَّالِثُ : أَنَّهُ مُرَاعَى ^(٣) ، فَإِنْ دَفَعَ الْقِيَمَةَ . حَكَمْنَا بِأَنَّهُ عَتَقَ بِاللَّفْظِ . وَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ الْقِيَمَةَ . حَكَمْنَا بِأَنَّهُ لَمْ يُعْتَقْ ؛ لِأَنَّا لَوْ أَعْتَقْنَاهُ بِاللَّفْظِ قَبْلَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ . أَضْرَرْنَا بِالشَّرِيكِ ، وَلَوْ قُلْنَا : إِنَّهُ بَاقٍ عَلَى الرِّقِّ . أَضْرَرْنَا بِالْعَبْدِ فِي إِبْقَاءِ أَحْكَامِ الرِّقِّ عَلَيْهِ ، فَثَبِتَ أَنَّهُ مَوْقُوفٌ لِيَزُولَ الضَّرَرُ عَنْهُمَا .

فَإِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ يُعْتَقُ بِنَفْسِ اللَّفْظِ . صَارَتْ أَحْكَامُهُ أَحْكَامَ الْأَحْرَارِ مِنْ حِينَ الْإِعْتَاكِ ، فَإِنْ مَاتَ لِلْعَبْدِ مِنْ يَرَثُهُ . وَرِثَتُهُ .

فَإِنْ أُعْسِرَ الْمُعْتَقُ بَعْدَ ذَلِكَ ، أَوْ هَرَبَ ، أَوْ مَاتَ ، وَلَمْ يَخْلُفْ وَفَاءً . فَقِيَمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ فِي ذِمَّتِهِ .

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا الشَّافِعِيُّ فِي « تَرْتِيبِ الْمُسْنَدِ » (٢ / ٢١٨) ، وَأَحْمَدُ فِي « الْمُسْنَدِ » (٢ / ١١) ، وَمُسْلِمٌ (١٦٦٧) م (٥٠) فِي الْإِيمَانِ ، وَأَبُو دَاوُدَ (٣٩٤٧) فِي الْعَتَقِ .

(٢) أَخْرَجَهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ مِنْ طَرُقِ الْبُخَارِيِّ (٢٤٩٢) فِي الشَّرِكَةِ ، وَمُسْلِمٌ (١٥٠٣) (٤) ، وَأَبُو دَاوُدَ (٣٩٣٥) وَبُيُوتُهُ (٣٩٣٨) فِي الْعَتَقِ ، وَالتِّرْمِذِيُّ (١٣٤٨) فِي الْأَحْكَامِ ، وَالنَّسَائِيُّ فِي « الْكَبَرِيِّ » (٤٩٦٢) وَ (٤٩٦٣) وَغَيْرُهَا ، وَابْنُ مَاجَةٍ (٢٥٢٧) ، وَابْنُ أَبِي حَتْمٍ فِي « السِّنَنِ الْكَبَرِيِّ » (١٠ / ٢٨٠ - ٢٨١) فِي الْعَتَقِ بِالْفَاظِ مُتَقَارِبَةٍ . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : حَسَنٌ صَحِيحٌ .

(٣) مُرَاعَى : قَالَ فِي « النَّظْمِ الْمُسْتَعَذِبِ » (٣ / ٢) : مِنْ رَاعَيْتِ الْأَمْرَ ، أَيْ نَظَرْتِ مَا يَصِيرُ إِلَيْهِ .

وهَلْ عَتَقَ جَمِيعُهُ بِاللَفْظِ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ حَكَاهُمَا الطَّبْرِيُّ :
أَحَدُهُمَا : أَنَّ عِتَقَ جَمِيعِهِ وَقَعَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ ؛ لِأَنَّ الْجَمِيعَ صَارَ كَأَنَّهُ لَهُ ، فَعَتَقَ
جَمِيعُهُ بِاللَفْظِ .

وَالثَّانِي - وَهُوَ الْأَصَحُّ - : أَنَّ الْعِتَقَ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْمُعْتَقِ أَوَّلًا ، ثُمَّ يَسْرِي إِلَى
نَصِيبِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ ، فَلَمْ يَقَعْ عِتْقُهُ فِيهِ مُبَاشَرَةً .
وَإِذَا طَالَبَ الشَّرِيكَ بِقِيَمَةِ نَصِيبِهِ . . أُجْبِرَ الْمُعْتَقُ عَلَى الدَّفْعِ . وَإِنْ بَذَلَ الْمُعْتَقُ
الْقِيَمَةَ ، فَامْتَنَعَ الشَّرِيكَ مِنْ أَخْذِهَا . . قَبْضُهَا الْحَاكِمُ لَهُ ، وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ الْمُعْتَقِ الْمَطَالِبَةُ
بِالدَّفْعِ وَلَا بِالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ غَيْرُ مَوْقُوفٍ عَلَى ذَلِكَ .

وَأَمَّا إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْعِتَقَ لَا يَقَعُ إِلَّا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ ، فَإِنْ طَلَبَ الشَّرِيكَ الْقِيَمَةَ . . وَجَبَ
عَلَى الْمُعْتَقِ دَفْعُهَا ، فَإِنْ بَذَلَهَا الْمُعْتَقُ . . وَجَبَ عَلَى الشَّرِيكَ قَبْضُهَا ، فَإِنْ أَمْتَنَعَ مِنْ
قَبْضِهَا . . قَبْضُهَا الْحَاكِمُ لَهُ وَعِتَقَ الْعَبْدُ . وَإِنْ أَمْتَنَعَ الْمُعْتَقُ وَالشَّرِيكَ . . فَلِلْعَبْدِ أَنْ
يَطَالِبَهُمَا بِذَلِكَ لِيَصَلَ إِلَى حَقِّهِ مِنَ الْعِتَقِ ، فَإِنْ لَمْ يُطَالِبِ الْعَبْدُ . . فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يُطَالِبَ
الْمُعْتَقَ بِالدَّفْعِ وَالشَّرِيكَ بِالْقَبْضِ ، فَإِنْ أَمْتَنَعَ . . أَخَذَ الْحَاكِمُ الْقِيَمَةَ مِنَ الْمُعْتَقِ
لِلشَّرِيكَ ، وَعِتَقَ الْعَبْدُ ؛ لِمَا فِي الْعِتَقِ مِنْ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى .

فَإِنْ بَاعَ الشَّرِيكَ نَصِيبَهُ مِنَ الْعَبْدِ أَوْ وَهَبَهُ قَبْلَ أَنْ يَدْفَعَ الْمُعْتَقُ الْقِيَمَةَ إِلَيْهِ . . لَمْ يَصَحَّ
بَيْعُهُ وَلَا هِبَتُهُ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِبْطَالَ مَا ثَبَتَ لِلْعَبْدِ مِنَ الْحَرِّيَّةِ .

وَإِنْ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي عَلِيٍّ بْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ - : (أَنَّهُ يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّ الْعِتَقَ
صَادَفَ مِلْكَهُ وَيَحْصُلُ الْعِتَقُ لِلْعَبْدِ) .

وَالثَّانِي : لَا يَعْتَقُ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَبْطُلُ مَا ثَبَتَ لِلْمُعْتَقِ مِنَ الْوَلَاءِ .

وَإِنْ مَاتَ لِلْعَبْدِ مَنْ يَرْتُهُ قَبْلَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ ، أَوْ شَهِدَ ، أَوْ جُنِيَ ، أَوْ جُنِيَ عَلَيْهِ . .
فَحُكْمُهُ فِي ذَلِكَ حُكْمُ الْعَبِيدِ ؛ لِأَنَّهُ بَاقٍ عَلَى الرُّقِّ .

وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ قَبْلَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ . . فَهَلْ لِلشَّرِيكَ أَنْ يَطَالِبَ الْمُعْتَقَ بِالْقِيَمَةِ ؟ عَلَى هَذَا
الْقَوْلِ فِيهِ وَجْهَانِ :

أحدهما : له ذلك ؛ لأنَّ القيمةَ وَجِبَتْ عَلَى المَعْتَقِ بالعتقِ ، فلا تَسْقُطُ بموتِ العبدِ .

والثاني : لا يجبُ عليه ذلك ؛ لأنَّ القيمةَ إِنَّمَا وَجِبَتْ عليه لتكميلِ أحكامِ العبدِ ، وليحصلَ للمعتقِ الولاءُ عليه ، وهذا لا يوجدُ في حقِّه بعدَ موتهِ .
وعلى القولِ الأوَّلِ : له مطالبتُهُ بعدَ موتِ العبدِ قولاً^(١) واحداً ؛ لأنَّه ماتَ حرّاً .

فرعٌ : [استيلاد الجارية من أحد الشريكين] :

وإنْ كانتْ جاريةً بينَ اثْنَيْنِ فَاسْتَوْلَدَهَا أَحَدُهُمَا . ثَبَتَ لَهَا حرمةُ الاستيلادِ في نصيبِهِ . فَإِنْ كَانَ مُوسِراً بِقيمةِ نصيبِ شريكِهِ . قَوِّمَ عليه . ومتى يَثْبُتُ لَهَا حرمةُ الاستيلادِ ؟ فيه طَرِيقَانِ حَكَاهُمَا الطَّبْرِيُّ في « العُدَّةِ » .

ومنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : هِيَ عَلَى الْأَقْوَالِ الثَّلَاثَةِ في العتقِ .

ومنْهُمْ مَنْ قَالَ : إِنْ قُلْنَا في العتقِ : يَسْرِي بِنَفْسِ اللَّفْظِ . . فَهَاهُنَا ثَبَتَتْ لَهَا حرمةُ الاستيلادِ بِالْإِحْبَالِ . وَإِنْ قُلْنَا في العتقِ : لَا يَسْرِي إِلَّا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ . . ففِي الْإِحْبَالِ وَجْهَانِ :

أحدهما : لَا تَثْبُتُ لَهَا حرمةُ الاستيلادِ في نصيبِ شريكِهِ إِلَّا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ ، كالإعتاقِ .

والثاني : تَثْبُتُ بِالْإِحْبَالِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى مِنَ العتقِ ، بِدَلِيلِ : أَنَّ العتقَ لَا يَصْخُ مِنْ السَّفِيهِ وَالْمَجْنُونِ ، وَالْإِحْبَالُ يَصْخُ مِنْهُمَا .

وَأَمَّا إِذَا اسْتَوْلَدَهَا الشَّرِيكَانِ مَعاً ، مِثْلُ : أَنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ فَاسْتَوْلَدَهَا أَحَدُهُمَا ، ثُمَّ اسْتَوْلَدَهَا الثَّانِي . . فَإِنَّهَا تَصِيرُ أُمًّا وَلِدَ لَهَا . فَلَوْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ مِنْهَا بَعْدَ مَا أَيْسَرَ . . فَهَلْ يَقَوِّمُ عَلَيْهِ نَصِيبُ شريكِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

(١) في (م) : (وجهاً) .

أحدهما : يَقَوْمُ عَلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُا تَعْتَقُ بِالْإِعْتَاقِ .
والثاني : لَا يَقَوْمُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا تُمْلِكُ .

فرعٌ : [يدخل نصيب الشريك بالملك في التقويم] :
كلُّ موضعٍ قَوْمٌ عَلَى الْمُعْتَقِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ .. فَإِنَّهُ يَحْكُمُ بِدُخُولِ مَلِكٍ نَصِيبِ
الشريكِ فِي مَلِكِ الْمُعْتَقِ . وَمَتَى يَمْلِكُهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :
[أحدهما] : قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : يَمْلِكُهُ وَيَعْتَقُ عَلَيْهِ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ .
و[الثاني] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : يَمْلِكُهُ ثُمَّ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَهَكَذَا إِذَا اشْتَرَى مَنْ
يَعْتَقُ عَلَيْهِ .. فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ ، وَفِي وَقْتِ مَلِكِهِ الْوَجْهَانِ .

مسألةٌ : [اختلاف الشريكين في قيمة العبد المعتق] :
إِذَا اخْتَلَفَ الشَّرِيكَانِ فِي قِيَمَةِ الْعَبْدِ الْمُعْتَقِ ، فَأَدْعَى الشَّرِيكُ أَنَّ قِيَمَتَهُ أَلْفَانِ ، وَقَالَ
الْمُعْتَقُ : بَلْ قِيَمَتُهُ أَلْفٌ .. فَلَا خِلَافَ أَنَّ قِيَمَتَهُ تُعْتَبَرُ حَالُ الْإِعْتَاقِ ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ
الْإِتْلَافِ .

فَإِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ عَقِيبَ الْإِعْتَاقِ أَوْ بَعْدَهُ بِزَمَانٍ وَلَمْ تَخْتَلَفْ قِيَمَتُهُ مِنْ حِينِ الْإِعْتَاقِ
إِلَى حِينِ التَّقْوِيمِ .. رَجَعَ فِيهِ إِلَى مَقْوَمَيْنِ .

وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ قَدْ مَاتَ ، أَوْ غَابَ ، أَوْ تَأَخَّرَ تَقْوِيمُهُ زَمَانًا تَخْتَلَفُ فِيهِ قِيَمَتُهُ ، وَلَا بَيِّنَةٌ
عَلَى قِيَمَتِهِ وَقْتُ الْإِعْتَاقِ .. فَمِنْ الْقَوْلِ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ، وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا
فِي مَأْخِذِ الْقَوْلَيْنِ :

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : أَصْلُهُمَا الْقَوْلَانِ فِي وَقْتِ السَّرَايَةِ :

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ السَّرَايَةَ وَقَعَتْ بِنَفْسِ اللَّفْظِ .. فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتَقِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ
غَارِمٌ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي قِيَمَةِ مَا أَتْلَفَهُ ، كَالْمُتْلِفِ .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ السَّرَايَةَ لَا تَقَعُ إِلَّا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ .. فَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ

مِلْكُهُ ثَابِتٌ عَلَى نَصِيهِهِ ، فَلَا يُتَزَعُ مِنْهُ إِلَّا بِمَا يَقْرُؤُ بِهِ ، كَمَا لَوْ اُخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : أَصْلُهُمَا : الْقَوْلَانِ فِيمَنْ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ فَتِلَفَ ^(١) أَحَدُهُمَا وَوَجَدَ بِالْآخَرِ عَيْبًا ، وَقُلْنَا : لَهُ رَدُّهُ ، فَاخْتَلَفَا فِي قِيَمَةِ التَّالِفِ ، وَفِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ كَالْغَارِمِ . فَعَلَى هَذَا : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتَقِ .

وَالثَّانِي : الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ ثَابِتٌ عَلَى الثَّمَنِ ، فَلَا يُتَزَعُ مِنْهُ إِلَّا بِمَا يَقْرُؤُ بِهِ . فَعَلَى هَذَا : الْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ .

قَالَ الطَّبْرِيُّ : وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ عَنِ الرَّبِيعِ : أَنَّهُ قَالَ : فِيهَا قَوْلٌ آخَرُ : أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ . قَالَ : وَهَذَا مِنْ تَخْرِيجِ الرَّبِيعِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهُمَا عَقْدٌ يَنْفَسَخُ بِالتَّحَالِفِ ، وَلَآنَا لَوْ حَلَفْنَاهُمَا . . لاحتجنا إِلَى الرَّجُوعِ إِلَى الْقِيَمَةِ ، فَلَا يَفِيدُ التَّحَالِفُ شَيْئًا .

وَالطَّرِيقُ الْأَوَّلُ هُوَ الْمَشْهُورُ .

وَإِنْ أَدْعَى الشَّرِيكَ زِيَادَةَ صِنْعَةٍ فِي الْعَبْدِ تَزِيدُ بِهَا قِيَمَتُهُ ، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ غَائِبًا ، أَوْ مَيِّتًا ، وَلَا بَيِّنَةٌ لِلشَّرِيكِ ، فَانْكُرْهَا الْمُعْتَقُ . . ففِيهِ طَرِيقَانِ :

مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتَقِ .

وَالثَّانِي : الْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتَقِ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الصَّنْعَةِ .

وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ حَاضِرًا ، فَإِنْ كَانَ يُحْسِنُ الصَّنْعَةَ الَّتِي أَدَّعَاهَا الشَّرِيكَ ، فَإِنْ لَمْ يَمْضِ مِنْ حِينِ الْعَتَقِ زَمَانٌ يُمْكِنُ فِيهِ تَعَلُّمُ تِلْكَ الصَّنْعَةِ . . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّا عَلِمْنَا صِدْقَهُ . وَإِنْ كَانَ قَدْ مَضَى زَمَانٌ يُمْكِنُ فِيهِ تَعَلُّمُ تِلْكَ الصَّنْعَةِ . . فَعَلَى الطَّرِيقَيْنِ .

وَإِنْ قَالَ الْمُعْتَقُ : كَانَ سَارِقًا ، أَوْ أَبْقَا ، وَأَنْكَرَ الشَّرِيكَ ، وَلَا بَيِّنَةٌ لِلْمُعْتَقِ . . فَعَلَى

طَرِيقَيْنِ :

(١) فِي (م) : (فَهَلِك) .

[الأول] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ .

و[الثاني] : مِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الْقَوْلُ قَوْلُ الشَّرِيكِ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ ذَلِكَ .

فرعٌ : [وجود دين مستغرق على المعتق] :

إِذَا أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ مِنَ الْعَبْدِ وَهُوَ يَمْلِكُ مِنَ الْمَالِ قَدْرَ قِيَمَةِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ إِلَّا أَنَّ عَلَيْهِ دَيْنًا يَسْتَغْرِقُ ذَلِكَ . . فَهَلْ يَقُومُ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ : هَلْ يَمْنَعُ وَجُوبَ الزَّكَاةِ ؟

فرعٌ : [تعليق الشريكين على شرط واحد] :

إِذَا قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ فِي الْعَبْدِ : إِذَا دَخَلْتَ الدَّارَ الْفُلَانِيَّةَ فَأَنْتَ حُرٌّ ، ثُمَّ قَالَ لَهُ الْآخَرُ : إِذَا دَخَلْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ ، فَدَخَلَهَا . . عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، وَلَمْ يَقُومْ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِمَا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ .

وإِنْ قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ لِلْآخَرِ : إِذَا أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ مِنَ الْعَبْدِ فَنَصِيبِي مِنْهُ حُرٌّ ، فَأَعْتَقَ الْآخَرُ نَصِيبَهُ . . عَتَقَ نَصِيبَهُ عَلَيْهِ ، وَقُومَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ؛ لِأَنَّ عَتَقَ نَصِيبِ الْمُبَاشِرِ سَبَقَ ، فَاسْتَحَقَّتْ بِهِ السَّرَايَةُ ، فَمَنَعَتْ وَقُوعَ عَتَقِ الشَّرِيكِ الْمَعْلُوقِ عَتَقَ نَصِيبِهِ بِصِفَةٍ .

وإِنْ قَالَ : إِذَا أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ فَنَصِيبِي حُرٌّ فِي حَالِ عَتَقِ نَصِيبِكَ ، فَأَعْتَقَ الْآخَرُ نَصِيبَهُ . . عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيبَهُ . وَهَلْ يَقُومُ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ الَّذِي عَلَّقَ عَتَقَهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَقُومُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَهُ لِنَصِيبِهِ شَرْطٌ فِي عَتَقِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، وَالشَّرْطُ يَتَقَدَّمُ عَلَى الْمَشْرُوطِ ، فَكَانَ كَالْأَوَّلَى .

والثاني : لَا يَقُومُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ وَقَعَ عَلَى النَّصِيبَيْنِ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ .

فرعٌ : [عَلَّقَ أَحَدُهُمَا عَتَقَهُ بِمَدَّةٍ قَبْلَ الْمَوْتِ وَجَعَلَهُ الْآخَرَ حَالًا] :

وإنَّ قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ فِي الْعَبْدِ : نَصِيْبِي مِنْكَ حَرْزٌ قَبْلَ مَوْتِي بِشَهْرٍ ، ثُمَّ قَالَ الثَّانِي بَعْدَهُ : نَصِيْبِي مِنْكَ حَرْزٌ الْآنَ ، ثُمَّ مَاتَ الْأَوَّلُ ، فَإِنْ كَانَ بَيْنَ مَوْتِ الْقَائِلِ الْأَوَّلِ وَبَيْنَ قَوْلِهِ أَقْلٌ مِنْ شَهْرٍ . . لَمْ يَعْتَقْ عَلَيْهِ نَصِيْبُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ لَا يَقَعُ قَبْلَ الْإِعْتَاقِ ، وَيَعْتَقُ عَلَى الثَّانِي نَصِيْبُهُ حِينَ أَعْتَقَهُ ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا بِقِيَمَةِ نَصِيْبِ شَرِيكِهِ . . قُوِّمَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا . . لَمْ يَقُوِّمَ عَلَيْهِ .

وإنَّ كَانَ بَيْنَ قَوْلِ الثَّانِي وَبَيْنَ مَوْتِ الْأَوَّلِ أَكْثَرُ مِنْ شَهْرٍ . . لَمْ يَعْتَقْ عَلَى الْأَوَّلِ أَيْضًا نَصِيْبُهُ إِنْ كَانَ الثَّانِي مُوسِرًا بِقِيَمَةِ نَصِيْبِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ عَتَقَ الثَّانِي مُقَدَّمٌ عَلَيْهِ ، فَيَعْتَقُ عَلَى الثَّانِي نَصِيْبُهُ ، وَيَقُوِّمُ عَلَيْهِ نَصِيْبُ الْأَوَّلِ . وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا بِهِ . . لَمْ يَقُوِّمَ عَلَيْهِ ، وَعَتَقَ عَلَى الْأَوَّلِ نَصِيْبُهُ قَبْلَ مَوْتِهِ بِشَهْرٍ ، فَيَكُونُ الْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا .

وإنَّ كَانَ بَيْنَ قَوْلِ الْأَوَّلِ وَبَيْنَ مَوْتِهِ شَهْرٌ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلَا نَقْصَانٍ . . عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيْبُهُ لَوْجُودِ الصِّفَةِ قَبْلَ عَتَقِ الثَّانِي ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا بِقِيَمَةِ نَصِيْبِ الثَّانِي . . قُوِّمَ عَلَيْهِ ، وَكَانَ جَمِيعٌ وَلَا يَلِيهِ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا . . عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيْبُهُ قَبْلَ مَوْتِهِ بِشَهْرٍ ، وَعَتَقَ عَلَى الثَّانِي نَصِيْبُهُ بَعْدَهُ حِينَ أَعْتَقَهُ ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا .

فرعٌ : [تَوَكَّلَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ فِي عَتَقِ نَصِيْبِهِ] :

وإنَّ كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ نَصْفَيْنِ ، فَوَكَّلَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ شَرِيكَهُ فِي عَتَقِ^(١) نَصِيْبِهِ ، فَقَالَ الْوَكِيلُ : نَصَفْتُكَ حَرْزًا . . رُجِعَ إِلَيْهِ ، فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ بِهِ نَصِيْبِي . . عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيْبُهُ ، وَقُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيْبُ شَرِيكِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا بِهِ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ بِهِ نَصِيْبَ شَرِيكِي . . عَتَقَ نَصِيْبَ شَرِيكِهِ ، وَقُوِّمَ نَصِيْبُ الْوَكِيلِ عَلَى الْمُوَكَّلِ إِنْ كَانَ الْمُوَكَّلُ مُوسِرًا بِهِ .

وإنَّ أَطْلَقَ ، وَلَمْ يَنْوِ شَيْئًا . . فَفِيهِ وَجْهَانِ : حَكَاهُمَا أَبُو الصَّبَّاحِ :

(١) فِي (م) : (عَيْن) .

أحدهما : يعتق نصيب الموكل ، ويقوم عليه نصيب الوكيل ، ؛ لأنه أمره بالإعتاق .

والثاني : يعتق نصيب الوكيل ، ويقوم عليه نصيب الموكل ؛ لأن نصيب نفسه لا يحتاج إلى نية ، ونصيب الموكل يحتاج إلى النية ، ولم ينو .

فرع : [له شقصان في عشرين فاعتق أحدهما ثم الآخر ولا مال له] :

قال أبو الحذاد : إذا كان لرجل شقصان من عشرين ، وقيمتها سواء ، ولا مال له غيرهما ، فاعتق أحد الشقصين في صحته . . عتق عليه نصيبه ، وقوم عليه نصيب شريكه ؛ لأنه موسر بقدر قيمته - وهو : الشقص في العبد الآخر - فإن أعتق الشقص الآخر بعد ذلك في صحته . . عتق نصيبه فيه ، ولا يقوم عليه نصيب شريكه فيه ؛ لأنه لا مال له . ولا يمنع عتقه في الثاني ثبوت الدين في ذمته ؛ لأن قيمة الأول لم تتعلق في رقة الثاني ، وإنما هي في ذمة المعتق .

وإن كان بين اثنين عبد يساوي عشرين ديناراً ، فقال رجل لأحدهما : أعتق نصيبك عني على عشرة دنانير ، فأعتقه عنه - والسائل لا يملك غير عشرة دنانير - عتق نصيب المعتق عن السائل .

قال أبو الحذاد : ويعتق نصيب شريك المعتق عن السائل أيضاً ؛ لأنه واجد لقيمة نصيبه - وهي العشرة - ثم يتضارب المعتق وشريكه في العشرة التي للسائل على قدر حقيهما لكل واحد منهما نصفها .

قال القاضي أبو الطيب : وهذا على القول المشهور : أن نصيب الشريك يعتق بنفس اللفظ . فأما إذا قلنا : إنه لا يعتق إلا بدفع القيمة . . فإنه يعتق منه بقدر ما يؤدي إليه .

فأما إذا قال السائل : أعتق عني نصيبك من هذا العبد على هذه العشرة ، وعينها وأشار إليها ، فأعتقه . . عتق عن السائل ، ولم يعتق نصيب الشريك ؛ لأن العشرة قد ملكها المعتق ولا مال للسائل غيرها .

مسألة : [عتق بعض العبد عتقاً لكلاً] :

وإن ملك عبداً ، فأعتق بعضه . . سرى العتق إلى باقيه ؛ لأنه موسر به .

وإن كان عبداً بين اثنين نصفين ، فقال أحدهما له : إن كان هذا الطائر غراباً ، فنصيبي منك حرّ ، وقال الآخر : إن لم يكن غراباً ، فنصيبي منك حرّ ، فطار ولم يعرف . . قال ابن الحذاد :

فإن كانا معسرين . . فالعبد باقٍ على ملكهما ؛ لأنّ عتق نصيب أحدهما لم يتعين .

فإن باع أحدهما نصيبه من رجل ، وباع الآخر نصيبه من آخر . . فلكل واحدٍ من المشتريين أن يتصرف فيما اشتراه ؛ لأنّ كل واحدٍ منهما قائم مقام من اشتري منه .

وإن باعا نصيبيهما من واحد . . قال ابن الحذاد :

عتق على المشتري نصفه ؛ لأنه قد تيقّن أنّ نصفه حرّ ، فلا يكون له أن يتصرف في جميعه .

وعلى قياس قول ابن الحذاد : إذا اشتري أحدهما نصيب الآخر . . عتق على المشتري نصفه ؛ لأننا نتيقّن أنّ أحد النصفين حرّ بيقين .

وإن كانا موسرين ، فإن قلنا : إنّ العتق يسري باللفظ . . عتق جميعه ؛ لأنّ كل واحدٍ منهما يعترف أنّ عتق شريكه يسري إلى نصيبه . ولا يجب لأحدهما على الآخر شيء ؛ لأنه لا يقبل قوله على صاحبه في استحقاق حق له عليه .

وإن قلنا : لا يسري إلا بأداء القيمة . . لم يعتق العبد ، ولا يجوز لأحدهما بيع نصيبه ولا هبته ؛ لأنه قد استحقّ عتقه ، وهل يجوز له عتقه ؟ فيه وجهان ، مضى ذكرهما .

وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً . . عتق نصيب المعسر ؛ لأنّ قوله يتضمن أنّ صاحبه حانت في يمينه وأنّ نصيبه حرّ ، فإن كان موسراً . . سرى العتق في نصيبه ، ولهذا إذا قلنا : إنّ السراية تقع باللفظ .

وإن قلنا : لا تقع إلا بدفع القيمة . . لم يعتق نصيب المعسر أيضاً ولكن لا يصح بيعه ولا هبته ، وهل يصح عتقه ؟ على الوجهين .

فرع : [علق أحد الشريكين عتق نصيبه على بيع شريكه شقصه]:

وإن كان عبدٌ بينَ اثنين ، فقال^(١) أحدهما : إن بعث نصيبك^(٢) من العبد فنصبي حرٌّ ، وقال الآخرُ : إن أشرت نصيبَ شريكي فنصبي حرٌّ ، ثم أشرت نصيبَ شريكه . . فقد حثا جميعاً ، وعتق على كل واحدٍ منهما نصيبه ، ولا يقوم على أحدهما نصيبُ شريكه ؛ لأنَّ عتقهما وقع في حالة واحدة .

وإن كان لرجل عبدٌ ، فقال : إن بعته فهو حرٌّ ، وقال الآخرُ : إن أشرتَه فهو حرٌّ ، فأشتراه منه . . عتق على البائع دونَ المشتري ؛ لأنَّ المشتري عقد الصفة وهو لا يملكه ، فلم يصح ، والبائع عقد الصفة وهو يملكه . فإذا وجد الإيجاب والقبول . . فقد وجدت الصفة ، وهو يملك عتقه لثبوت الخيار بينهما ، فوقع عليه العتق بالصفة . وإن قال لعبيده : إذا بعتك بيعاً فاسداً فأنت حرٌّ ، فباعه بيعاً فاسداً . . قال الطبري : لم يعتق .

وقال المزني : يعتق .

مسألة : [شركاء في عبد أعتق اثنان نصيبهما] :

إذا كان عبدٌ بينَ ثلاثة أنفسٍ لأحدهم النصف ، ولآخر الثلث ، ولآخر السدس ، فأعتق صاحبُ النصف وصاحبُ السدس نصيبهما في حالة واحدة بأن أعتقا وأتفق لفظهما ، أو وكلاً وكلاً فأعتق عنهما بكلمة وهما موسران . . قوم عليهما نصيبُ شريكهما ، وكيف يقوم عليهما ؟ فيه طريقان ، ومن أصحابنا من قال : فيه قولان : أحدهما : يقوم بينهما نصفين .

(١) في نسخ : (فقال له) .

(٢) في نسختين : (نصبي) .

والثاني : يُقَوِّمُ عَلَى قَدْرِ الْمَلَكَيْنِ ، كَالْقَوْلَيْنِ فِي الشُّفْعَاءِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ لَهُ فِيهِ رَوَاتَيْنِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَقَوِّمُ عَلَيْهِمَا نَصْفَيْنِ قَوْلًا وَاحِدًا . وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ وَأَكْثَرِ أَصْحَابِنَا ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَ النَّصِيبِ إِتْلَافٌ لِرَقِّ الْبَاقِي ، فَإِذَا اشْتَرَكَا فِي الْإِتْلَافِ . . . أَسْتَوِيَا^(١) فِي الضَّمَانِ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي سَبَبِ الْإِتْلَافِ ، كَمَا لَوْ جَرَحَ رَجُلٌ رَجُلًا جِرَاحَةً ، وَجَرَحَهُ آخَرُ جِرَاحَاتٍ وَمَاتَ .

وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مَعْسِرًا . . قَوِّمَ نَصِيبُ صَاحِبِ الثُّلُثِ عَلَى الْمَوْسِرِ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ عَتَقَ الْمَعْسِرِ لَا يَسْرِي .

مَسْأَلَةٌ : [أَدْعَى أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بَعْتَهُمَا ، وَأَنْكَرَهُ الْآخَرُ] :

إِذَا قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ فِي الْعَبْدِ : أَعْتَقْتُ أَنَا وَأَنْتَ الْعَبْدَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَقَالَ الْآخَرُ : أَمَّا أَنَا فَمَا أَعْتَقْتُ نَصِيبِي . . كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُنْكَرِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِعْتَاقِ ، فَإِذَا حَلَفَ . . ثَبَتَ أَنَّهُ لَمْ يَعْتَقْ ، وَيَعْتَقُ نَصِيبُ الْمُقَرَّرِ بِإِقْرَارِهِ . وَإِنْ كَانَ مَعْسِرًا . . بَقِيَ نَصِيبُ الْحَافِلِ^(٢) رَقِيقًا .

وَإِنْ كَانَ الْمُقَرَّرُ مُوسِرًا . . قَوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ ، وَيَكُونُ وَلَاءُ نَصِيبِ الْمُقَرَّرِ^(٣) لَهُ ، وَأَمَّا وَلَاءُ نَصِيبِ الْمُنْكَرِ . . فَإِنَّهُ يَكُونُ مَوْقُوفًا بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَدَّعِيهِ وَيَقْرُؤُ بِهِ لِصَاحِبِهِ .

فَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ الْمَعْتَقُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُنْكَرِ وَخَلَّفَ مَالًا . . فَلِلْمُقَرَّرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ تَرَكْتِهِ قَدْرَ مَا دَفَعَ إِلَى شَرِيكِهِ مِنَ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ بِكُلِّ حَالٍ ، وَيُوقَفُ الْبَاقِي بَيْنَهُمَا إِلَى أَنْ يَصْطَلِحَا عَلَيْهِ ، أَوْ يَدَّعِيَهُ أَحَدُهُمَا فَيَأْخُذَهُ .

وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُنْكَرِ . . فَلَيْسَ لِلْمُقَرَّرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ تَرَكْتِهِ قَدْرَ مَا دَفَعَهُ مِنْ

(١) فِي نَسْخَةٍ : (اشْتَرَكَا) .

(٢) فِي (م) : (الْآخَرُ) .

(٣) فِي (م) : (الْمَعْسِرُ) .

الثلثين مادام مقيماً على إقراره الأول ؛ لأنه يقر بمال المعتق لعصبة المنكر ، و يقر أنهم لم يظلموه وإنما ظلمه المنكر .

وإن قال كل واحد منهما : أعتق شريكي نصيبه ، وأنكر كل واحد منهما ، وهما موسيران . . . حلف كل واحد منهما أنه لم يعتق نصيبه ؛ لأن الأصل عدم الإعتاق ، وعتق جميع العبد إذا قلنا : تقع السراية باللفظ ؛ لأن كل واحد منهما يقر بعتق نصيبه على شريكه^(١) ، ويكون الولاء موقوفاً بينهما .

وإن كانا معسرين . . . لم يعتق شيء من العبد فإن اشترى أحدهما نصيب شريكه . . . عتق عليه ما اشتراه ؛ لأنه مقر بحرئته .

وإن كان أحدهما موسيراً والآخر معسراً . . . عتق نصيب المعسر إذا قلنا : تقع السراية باللفظ ؛ لأنه مقر بعتق نصيبه على صاحبه ، ولا يعتق نصيب الموسر ؛ لأن عتق المعسر لا يسري . فأمّا إذا قلنا : لا يسري العتق إلا بدفع القيمة . . . لم يعتق من العبد شيء .

فرع : [عبد بين ثلاثة فشهد اثنان على الثالث بعتق نصيبه] :

وإن كان عبد بين ثلاثة رجال ، فشهد رجلان منهم على الثالث أنه أعتق نصيبه وأنكر ذلك المشهود عليه ، فإن كان المشهود عليه معسراً . . . قبلت شهادتهما عليه وعتق نصيبه لا غير ؛ لأنهما لا يجزان بهذه الشهادة إلى أنفسهما نفعاً ولا يدفعان عنهما بها ضرراً . وإن كان موسراً . . . لم تقبل شهادتهما عليه ؛ لأنهما يجزان بهذه الشهادة إلى أنفسهما نفعاً وهو التقويم عليه .

فإن قلنا : تقع السراية باللفظ . . . عتق نصيبهما ؛ لأن شهادتهما تضمنت الإقرار به .

وإن قلنا : لا تقع السراية إلا بدفع القيمة . . . لم يعتق نصيبهما ، ولا يجوز لهما بيعه ، وهل يجوز لهما عتقه ؟ على وجهين .

(١) في (م) : (صاحبه) .

وللشاهدين أَنْ يُحْلِفَا الْمُنْكَرَ أَنَّهُ لَمْ يَعْتِقْ نَصِيبَهُ ؛ لجوازِ أَنْ يُقَرَّرَ . فَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ . . حَلَفَا وَوَجَبَتْ عَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِهِمَا .

فرعٌ : [رجوع الشاهدين عن قولهما : أعتق شقصاً] :

وإنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ شِقْصاً لَهُ مِنْ عَبْدٍ وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَقَوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ، ثُمَّ رَجَعَ الشَّاهِدَانِ . . قَالَ أَبُو الْحَدَّادِ : رَجَعَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ بِقِيمَةِ نَصِيبِهِ ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِمَا بِمَا غَرِمَ لَشَرِيكِهِ مِنَ الْقِيمَةِ .

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : أَمَّا نَصِيبُ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ : فَيَرْجِعُ عَلَيْهِمَا بِقِيمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَاهُ عَلَيْهِ .

وَأَمَّا مَا غَرِمَهُ مِنْ قِيمَةِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ . . فَهَلْ يَرْجِعُ عَلَيْهِمَا بِهِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَا عَلَيْهِ بِمَالٍ فِي يَدِهِ أَوْ فِي ذِمَّتِهِ ، ثُمَّ رَجَعَا . . الْمَشْهُورُ : أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِمَا ، فَأَجَابَ أَبُو الْحَدَّادِ عَلَى الْمَشْهُورِ : قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : إِلَّا أَنَّ الصَّحِيحَ عِنْدِي أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِمَا بِهِ أَيْضاً .

مسألةٌ : [أعتق شقصين أحدهما بعد الآخر في مرض موته] :

إِذَا أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ شِقْصَيْنِ لَهُ مِنْ عَبْدَيْنِ لَهُ شَرِيكَ فِيهِمَا أَحَدَهُمَا بَعْدَ الْآخَرِ : فَإِنْ أَحْتَمَلَ الثَّلَثُ عَتَقَ الشَّقْصَيْنِ وَتَقَوِّمَ بَاقِيَهُمَا . . عَتَقَ عَلَيْهِ الشَّقْصَانِ بِالْمُبَاشَرَةِ ، وَبَاقِي الْعَبْدَيْنِ بِالسَّرَايَةِ وَالتَّقْوِيمِ .

وإنْ لَمْ يَحْتَمِلِ الثَّلَثُ إِلَّا عَتَقَ الْأَوَّلَ وَتَقَوِّمَ بَاقِيَهُ . . قَدَّمَ تَقْوِيمُ بَاقِيِ الْأَوَّلِ عَلَى عَتَقِ الثَّانِي .

فَإِنْ أَحْتَمَلَ الثَّلَثُ عَتَقَ الشَّقْصِ الْأَوَّلَ وَتَقَوِّمَ بَاقِيَهُ ، وَالشَّقْصَ الثَّانِي دُونَ تَقْوِيمِ بَاقِيهِ . . عَتَقَ جَمِيعُ الْعَبْدِ الْأَوَّلِ عَلَيْهِ بِالْمُبَاشَرَةِ وَالسَّرَايَةِ ، وَالشَّقْصَ الثَّانِي ، وَلَا يُقَوِّمُ بَاقِي الثَّانِي عَلَيْهِ .

وإنَّمَا قَدَّمْنَا تَقْوِيمَ بَاقِيِ الْأَوَّلِ عَلَى الشَّقْصِ الثَّانِي ؛ لِأَنَّا إِن قُلْنَا : إِنَّ السَّرَايَةَ تَقَعُ

باللفظ . . فقد سَبَقَ عَتَقَ باقِيَ الْأَوَّلِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَقَعُ إِلَّا بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ . . فَقَدْ أَسْتَحَقَّ
إِعْتَاقَ بَقِيَّتِهِ فِي الثَّلَاثِ قَبْلَ الثَّانِي .

وإِنْ أَعْتَقَ الشَّقِصَيْنِ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ . . عَتَقَ الشَّقِصَانِ وَقَوْمَ باقِيَ الْعَبْدَيْنِ عَلَيْهِ إِنْ
أَحْتَمَلَهُمَا الثَّلَاثُ . وَإِنْ لَمْ يَحْتَمِلِ الثَّلَاثُ إِلَّا عَتَقَ الشَّقِصَيْنِ . . عَتَقَ الشَّقِصَانِ لَا غَيْرَ وَرُقٍّ
باقِيَ الْعَبْدَيْنِ .

وإِنْ لَمْ يَحْتَمِلِ الثَّلَاثُ إِلَّا عَتَقَ أَحَدَ الشَّقِصَيْنِ . . أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا .

وإِنْ خَرَجَ الشَّقِصَانِ مِنَ الثَّلَاثِ وَبَاقِيَ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ لَا غَيْرَ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

قَالَ أَبُو الْحَدَّادِ : عَتَقَ الشَّقِصَانِ ، وَقُسِّمَ الْبَاقِي مِنَ الثَّلَاثِ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ
أَحَدُهُمَا بِأَوْلَى مِنَ الْآخَرِ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : يَعْتَقُ الشَّقِصَانِ ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا فِيمَا بَقِيَ مِنَ الثَّلَاثِ بَعْدَ
الشَّقِصَيْنِ ، كَمَا إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ . . فَخَرَجَ أَحَدُهُمَا مِنَ الثَّلَاثِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

مسألة : [يعتبر الثلث في عتق عبد بمرض موته] :

إِذَا أَعْتَقَ عَبْدًا لَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ . . فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ قِيَمَتَهُ تُعْتَبَرُ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ .

وَقَالَ مَسْرُوقٌ : تُعْتَبَرُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ .

دَلِيلُنَا : حَدِيثُ عِمْرَانَ بْنِ الْحُصَيْنِ فِي : (الرَّجُلِ الَّذِي أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبِدٍ لَهُ فِي مَرَضٍ
مَوْتِهِ ، فَأَقْرَعَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً)^(١) .

وإِنْ أَعْتَقَ شَرِكًا لَهُ فِي عَبْدٍ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ . . عَتَقَ نَصِيبَهُ مِنْ ثُلْثِ تَرْكَتِهِ ، وَقَوْمَ عَلَيْهِ
نَصِيبُ شَرِيكِهِ إِنْ أَحْتَمَلَهُ الثَّلَاثُ .

وَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ : أَنَّهُ قَالَ : (لَا يُقَوَّمُ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ) .

(١) سلف ، وأخرجه عن عمران بن الحصين الشافعي في « ترتيب المسند » (٢ / ٢٢٠) في العتق ،
ومسلم (١٦٦٨) في الأيمان .

دليلنا : أَنَّهُ مُوسِرٌ بِقِيَمَةِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ أَحَدٍ فَقَوْمٌ عَلَيْهِ ، كَعَتَقِ الصَّحِيحِ .

وإن أوصى بعتق شرك له في عبد ، أو بعتق بعض عبد له . . أعتق عليه ^(١) ، ولا يُقَوِّمُ عليه نصيب شريكه ، ولا يسري إلى عتق باقي العبد سواءً أحتمله الثلث أو لم يحتمله ؛ لأنَّ ملكه يزول عن ماله إلا عن القدر الذي أوصى به ، فصار كالمعسر إذا أعتق شركاً له في عبد .

وإن أوصى بعتق شقص له من عبد وأوصى أن يعتق عليه نصيب شريكه فإن أحتمله الثلث أعتق عليه نصيب شريكه ودفعت قيمته إلى شريكه ؛ لأنَّ له التصرف في الثلث بما فيه قربة .

قال القاضي أبو الطيب في « المجرد » : عندي أَنَّهُ إِنَّمَا تُقَوِّمُ حَصَّةَ الشريك إذا رضي الشريك بذلك ، ولا تُقَوِّمُ إذا لم يرض ؛ لأنَّ التقويم لم يجب على الموصي وإنما وجب بالوصية ، فجرى ذلك مجرى المعسر إذا أعتق شقصاً له في عبد ثم أيسر ، فإنه لا يُقَوِّمُ عليه نصيب شريكه إلا برضاه .

قال ابن الصباغ : وأصحابنا أطلقوا ذلك ، وما قالوه له وجهٌ صحيح ؛ لأنَّ التقويم لا يجب ؛ لأنَّ العتق وقع حال زوال ملك الميت عن المال ، فجرى ذلك مجرى المعسر إذا أعتق شقصاً له من عبد .

فأما إذا أوصى بتكميله . . كانت قيمته باقية كالباقية على حكم ملكه ، فصار كالموسر إذا أعتق ، وهكذا لو قال : إذا مت فنصبي حر . . عتق نصيبه إن خرج من الثلث ولم يسر إلى نصيب شريكه .

فرع : [أوصى بعتق شقصين من عبيد] :

إذا كان له شقصان من عبيد فأوصى بعتقهما بعد موته ، وبأن يكمل باقي عتق العبدین من الثلث ، فإن أحتلَّهُما الثلث . . أعتق عنه ، وإن لم يحتل الثلث إلا قيمة

(١) في (م) : (عنه) في موضعين .

باقي أحدهما . . قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ : أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا وَلَا يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ قَصَدَ تَكْمِيلَ الْعَتَقِ فِيهِمَا ، فَإِذَا لَمْ يُمْكِنْ ذَلِكَ فِيهِمَا . . كَانَ فِي أَحَدِهِمَا .

وإن كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَعْبِدٍ لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ ، وَقِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ ، فَقَالَ : نَصَفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْكُمْ حَرْبًا بَعْدَ مَوْتِي ، وَلَمْ تُجَزِ الْوَرِثَةُ :

قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ : أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، وَهُوَ بَأَن يُكْتَبَ فِي رُقْعَةٍ عَتَقٌ ، وَفِي رُقْعَةٍ رِقٌّ ، وَيُخْرَجُ إِحْدَى الرِّقْعَتَيْنِ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُنَّ ، فَإِنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ رُقْعَةُ الرِّقِّ . . رِقٌّ جَمِيعُهُ وَعَتَقٌ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرَيْنِ نَصْفُهُ . وَإِنْ خَرَجَتْ عَلَى الْأَوَّلِ رُقْعَةُ الْعَتَقِ . . عَتَقَ نَصْفُهُ ، ثُمَّ تَعَادَ الْقُرْعَةُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ ، فَمَنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ رُقْعَةُ الْعَتَقِ . . عَتَقَ نَصْفُهُ وَرِقٌّ نَصْفُهُ وَجَمِيعُ الْآخَرِ ؛ فَيَعْتَقُ نَصْفَا عَبْدَيْنِ .

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : وَهَذِهِ لَا يَخْتَلَفُ فِيهَا أَصْحَابُنَا ، وَدَلَّ هَذَا عَلَى أَنَّ الْمَعْتَقَ إِذَا فُرِّقَ الْعَتَقُ فِي شَخْصَيْنِ . . لَمْ يُجْمَعْ فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ .

فَإِنْ كَانَ لَهُ عِبْدَانِ سَالِمٌ وَغَانِمٌ ، وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ ، فَقَالَ : إِذَا مِتُّ فَنَصَفُ سَالِمٍ حَرْبًا ، وَثُلُثُ غَانِمٍ حَرْبًا ، فَمَاتَ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمَا ، وَلَمْ تُجَزِ الْوَرِثَةُ . . فَقَدْ زَادَ عَلَى الثُّلُثِ سِدْسُ أَحَدِهِمَا .

قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ : فَيُفَرِّعُ بَيْنَهُمَا ، فَيُكْتَبُ فِي رُقْعَةٍ عَتَقٌ وَفِي رُقْعَةٍ رِقٌّ ، وَيُخْرَجُ إِحْدَاهُمَا عَلَى أَحَدِهِمَا ، فَإِنْ خَرَجَتْ رُقْعَةُ الْعَتَقِ عَلَى أَحَدِهِمَا . . عَتَقَ مِنْهُ مَا أَعْتَقَ لَا غَيْرَ وَتُمَمَ الثُّلُثُ مِنَ الثَّانِي . فَإِنْ خَرَجَتْ رُقْعَةُ^(١) الْعَتَقِ عَلَى سَالِمٍ عَتَقَ نَصْفُهُ وَعَتَقَ مِنْ غَانِمٍ سِدْسُهُ . وَإِنْ خَرَجَتْ رُقْعَةُ الْعَتَقِ عَلَى غَانِمٍ . . عَتَقَ ثُلُثَهُ وَعَتَقَ مِنْ سَالِمٍ ثُلُثَهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدَرُ الثُّلُثِ .

وإن كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَعْبِدٍ لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ ، فَقَالَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ : أَثْلَاثُكُمْ أَحْرَارًا . . عَتَقَ ثُلُثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ - أَتَّفَقَتْ قِيمَتُهُمْ أَوْ اخْتَلَفَتْ - وَلَا يُفَرِّعُ بَيْنَهُمْ ؛ لِأَنَّهُ عَيَّنَ الْعَتَقَ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى الثُّلُثِ .

وإن قال : ثلثكم حرّ ، أو ثلث هؤلاء حرّ . قال القاضي أبو الطيّب : فإنّ الظاهر من هذا الكلام أنّه أعتق واحداً منهم لا بعينه فيقرع بينهم ، ويعتق واحد منهم ويرقّ أثنان .

فرع : [عتق نصيبه عند موته وأوصى بالباقي من ثلثه وكذا شريكه] :

إذا كان عبدٌ بينَ شريكينِ فقالَ أحدهما : نصيبِي مِنْ هَذَا الْعَبْدِ حرٌّ بعدَ موتِي ، ويُستَمُّ عتقُ باقيهِ مِنْ ثُلثِي ، وقالَ شريكُهُ : إذا ماتَ شريكي فنصيبِي حرٌّ مِنْ هَذَا الْعَبْدِ ، فماتَ الأوَّلُ . قالَ أبْنُ الْحَدَّادِ : عتقَ العبدُ عليهما ، وَلَمْ يَقْوَمْ نصيبُ أحدهما على الآخرِ ؛ لأنَّ عتقَ نصيبيهما وقعَ في حالةٍ واحدةٍ .

وإن قال أحدهما : نصيبِي حرٌّ بعدَ موتِي ، ويُستَمُّ عتقُ نصيبِ شريكي مِنْ ثُلثِي ، وقالَ الثاني : إذا عتقَ نصيبُ شريكي فنصيبِي حرٌّ ، فماتَ الأوَّلُ . قالَ أبْنُ الْحَدَّادِ : فإنَّ الوصيةَ بالتقويمِ صحيحةٌ ؛ لأنَّ عتقَ الموصي يتقدّمُ وعتقَ شريكه يتعقّبُهُ ، فوجبَ التقويمُ عليه .

فرع : [أعتق أحدهما نصيبه من حمل جاريتهما] :

وإن كانَ بينَ نَفْسَيْنِ جاريةً حاملٌ مِنْ نِكَاحٍ أو زنى ، فأعتقَ أحدهما نصيبَهُ مِنَ الْحَمْلِ : فإنَّ أسقطتهُ حيّاً . . . عتقَ عليه وقوّمَ عليه نصيبُ شريكه إن كانَ موسراً به . وتجبُ قيمتهُ يومَ الإسقاطِ ؛ لأنّه أوَّلُ حالةٍ يُمكنُ تقويمُهُ فيها .

وإن أسقطتهُ ميتاً مِنْ غيرِ ضربٍ . . . لمَ يجبَ على المُعتَقِ لشريكه شيءٌ ؛ لأنّه لا يَعْلَمُ أنّ العتقَ صادقهٌ وهو حيٌّ .

وإن ضَرَبَهَا ضاربٌ فأسقطتهُ ميتاً . . . وجبَ على الضاربِ غُرَّةُ عبدٍ أو أَمَةٍ ؛ لأنَّ الظاهرَ أنّه تَلَفَ بالضربِ .

قالَ أبْنُ الْحَدَّادِ : ويجبُ على المُعتَقِ لشريكه نصفُ عَشْرِ قيمةِ الأُمِّ ؛ لأنّه ضَمِنَ نصيبَ شريكه بالإعتاقِ ، وقيمةُ نصيبه لو كانَ مملوكاً نصفُ عَشْرِ قيمةِ أُمِّهِ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : يَجِبُ عَلَيْهِ أَقَلُّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ نَصْفِ عَشْرِ قِيمَةِ أُمِّهِ أَوْ الْغُرَّةِ .
وَالأَوَّلُ أَصَحُّ .

مَسْأَلَةٌ : [قال لعبده : وهبتك أو ملكتك نفسك] :

قال الطبري في « العُدَّة » : لو قال لعبده : وَهَبْتُكَ نَفْسَكَ ، أَوْ مَلَكْتُكَ نَفْسَكَ . .
أَفْتَقَرَّ إِلَى الْقَبُولِ لِيَعْتَقَ .

وإن قال لأَمَتِهِ : إِذَا وَلَدْتَ وَلَدًا فَهُوَ حُرٌّ ، فَوَلَدَتْ وَلَدًا حَيًّا . . عَتَقَ . وإن وَلَدَتْ
بعده وَلَدًا آخَرَ . . لَمْ يَعْتَقْ ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ لَا يَقْتَضِي التَّكَرَّارَ . وإن وَلَدَتْ وَلَدًا مَيِّتًا ، ثُمَّ
وَلَدَتْ وَلَدًا حَيًّا . . قَالَ أَبُو الصَّبَاغِ : فَالَّذِي يَقْتَضِيهِ الْمَذْهَبُ : أَنَّ الثَّانِي لَا يَعْتَقُ . وَبِهِ
قَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ .

وقال أبو حنيفة : (يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ يَسْتَحِيلُ فِي الْمَيِّتِ فَيَعْلَقُ بِالْحَيِّ) .

ودليلنا : أَنَّ شَرْطَ الْعَتَقِ وَجَدَ بِالْأَوَّلِ ، بِدَلِيلِ : أَنَّهُ لَوْ عَلَّقَ بِهِ عَتَقَهَا . . لَعَتَقَتْ
لِوِلَادَةِ الْمَيِّتِ فَانْحَلَّتِ الْيَمِينُ بِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنِ دَخَلْتُ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ ، فَبَاعَهُ ثُمَّ
دَخَلَ .

فَرَعٌ : [حلف بعتقه فحنث] :

وإن كَانَ عَبْدُهُ مَقِيدًا ، فَحَلَفَ سَيِّدُهُ بَعْتَقَهُ أَنَّ فِي قَيْدِهِ عَشْرَةَ أَرْطَالٍ ، وَحَلَفَ بَعْتَقَهُ
لَا أَحْلُهُ وَلَا أَحْدٌ مِنَ النَّاسِ ، فَشَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّ فِي قَيْدِهِ خَمْسَةَ أَرْطَالٍ ، فَحَكَّمَ الْحَاكِمُ
بَعْتَقَهُ لِحَنْثِهِ فِي يَمِينِهِ أَنَّ فِي قَيْدِهِ عَشْرَةَ أَرْطَالٍ ، فَوُزِنَ الْقَيْدُ بَعْدَ حَلِّهِ ، فَوُجِدَ فِيهِ عَشْرَةُ
أَرْطَالٍ . . فَإِنَّ الْعَبْدَ يَعْتَقُ ، وَهَلْ يَجِبُ عَلَى الشَّاهِدِينَ شَيْءٌ ؟

قال أبو حنيفة : (يَجِبُ عَلَى الشَّاهِدِينَ قِيمَةُ الْعَبْدِ) .

وقال أبو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ : لَا يَجِبُ عَلَيْهِمَا شَيْءٌ ، قَالَ أَبُو الصَّبَاغِ : وَهُوَ الصَّحِيحُ .

فبنى أبو حنيفة ذَلِكَ عَلَى أَصْلِهِ ، بِأَنَّ حَكَمَ الْحَاكِمِ يَنْفُذُ فِي الْبَاطِنِ وَإِنْ كَانَ بِشَهَادَةِ
الرُّوْرِ ، وَوَجْهَ الْآخِرِ : أَنَّهُ عَتَقَ بِحَلِّ الْقَيْدِ دُونَ مَا شَهِدَا بِهِ ؛ لِأَنَّا تَحَقَّقْنَا كَذِبَهُمَا .

فرع : [شهدا بعتق عبد ورجعا ثم شهد آخران بعتق غيره] :

وإن شهد شاهدان أنَّ رجلاً أوصى بعتق عبدٍ عيَّناه ، وقيمتُهُ ثلثُ تركته ، فحكمَ الحاكمُ بشهادتهما بعدَ موتِ الموصي ، ثمَّ رجعا عنِ الشهادة ، وشهدَ آخرانِ أنَّ الموصيَ أوصى بعتق عبدٍ آخرَ عيَّناه ، وقيمتُهُ قدرُ ثلثِ تركته ، وحُكِمَ بشهادتهما . . أفرغَ بينَ العبدَيْنِ ؛ لأنَّه قد ثبتَ أنَّ الميِّتَ أوصى بعتقهما ، ورجوعُ الشاهدين لا يُقبَلُ في نقضِ الحُكْمِ .

فإن خرجت قرعةُ العتقِ على الأولِ . . عتَقَ ورقُ الثاني ، ووجبَ على الشاهدينِ الراجعينِ قيمةُ العبدِ لورثةِ المعتقِ ؛ لأنَّه تَلَفَ بشهادتهما ، وقد أَقْرَأَ ببطلانها . وإن خرجت قرعةُ العتقِ على الثاني . . عتَقَ ورقُ الأولُ ، ولم يجبَ على الشاهدينِ الراجعينِ للورثةِ شيءٌ ؛ لأنَّهما لم يَتَلَفَا بشهادتهما شيئاً .

مسألة : [أعتق عبداً بعينه ثم أشكل عليه أمر] :

إذا كانَ له أَعْبُدُ فَأَعْتَقَ واحداً منهم بعينه ، ثمَّ أشكلَ عليه . . أمرٌ بأن يتذكَّرَ وينفقَ عليهم إلى أن يتبينَ ، فإن قالَ : الذي كنتُ قد أعتقته هوَ هذا . . حُكِمَ بعتقه من حينِ العتقِ .

فإن قالَ آخرٌ من عبيده : بل أنا الذي كنتُ أعتقتَ ، فإن صدقهُ . . حُكِمَ بعتقهما ، وإن كذَّبهُ . . حلفَ له ، وإن نكلَ عنِ اليمينِ . . رُدَّتِ اليمينُ على الآخرِ ، فإن حلفَ . . حُكِمَ بعتقه أيضاً .

وإن قالَ : أعتقتُ هذا ، لا ، بل هذا . . حُكِمَ بعتقهما ؛ لأنَّه لما أَقْرَأَ للأولِ . . حُكِمَ بعتقه ، فإذا رَجَعَ عنِ الأولِ وأقْرَأَ للثاني . . لم يُقبَلْ رجوعُهُ عنِ الأولِ وقُبِلَ إقرارُهُ للثاني .

فإن ماتَ قَبْلَ أن يُبينَ ، فإن ذكرَ الوارثُ أنَّه يعرفُ المعتقَ منهما . . رُجِعَ إليه ، فإذا أخبر بعتقِ واحدٍ . . قُبِلَ وحُكِمَ بعتقه ؛ لأنَّه قائمٌ مقامَ مورثِهِ . وإن اتَّهمَهُ غيره . . حلفَ له .

وإن قال الوارث : لا أعرف المعتق منهم .. ففيه قولان :
 أحدهما : يُقرع بينهم ؛ لأنَّ أحدهم ليس بأولى من الآخر .
 والثاني : لا يُقرع ، ولكن يُوقف إلى أن يتبين ؛ لأنَّ القرعة ربَّما أعتقت الرقيق ،
 وأرقت العتيق . والصحيح هو الأول .

فرع : [أعتق واحداً من جماعة ولم يعينه] :
 وإن أعتق واحداً منهم لا بعينه . أمر بأن يُعين العتق فيمن شاء منهم ، فإن قال :
 أعتقت هذا ، لا ، بل هذا . أعتق الأول دون الثاني ؛ لأنَّ ذلك اختيار لا إخبار .
 فإن اتَّهمه الآخر . لم يحلف له ؛ لأنه لو أقرَّ للثاني لم يُحكَم بعتقه ، فلا معنى
 لتحليفه .

وإن مات قبل أن يُبين . فهل يُرجع إلى الوارث ؟ فيه وجهان :
 أحدهما : لا يُرجع إليه ، بل يُقرع بينهما ، كما لا يُرجع إليه إذا طلق واحدة من
 نسائه لا بعينها .

والثاني : يُرجع إليه ، وهو الأصح ؛ لأنه خيارٌ يتعلّق بالمال فقام الوارث مقام
 المورث ، كخيار الرد بالعيب والشفعة . هذا نقل أصحابنا البغداديين .
 وقال المسعودي [في «الإبانة»] : هل يُرجع إلى الوارث ؟ فيه قولان ، واختلف
 أصحابنا في موضع القولين :

فمنهم من قال : القولان فيه إذا كان المعتق قد عيّنه بقلبه ، فيجوز أن يكون قد أخبر
 به الوارث . فأما إذا لم يُعيّنه المعتق بقلبه . فلا يُرجع إلى الوارث قولاً واحداً .

ومنهم من قال : القولان إذا لم يُعيّنه المعتق بقلبه . فأما إذا كان قد عيّنه بقلبه .
 فلا يُرجع إلى الوارث قولاً واحداً ، بل يُقرع بينهم .

ومنهم من قال : القولان في الجميع .

فرعُ : [أختلاف قول الابن فيمن أعتق الأب في مرض موته] :

وإن مات رجلٌ وخلفَ ابناً وثلاثةَ أعبُدٍ قيمتهمُ سواءٌ ، لا مالَ لَهُ غيرُهُم ، فقالَ الابنُ : أعتقَ أبي هذا العبدَ في مرضِ موتهِ ، وأشارَ إلى واحدٍ منهمُ ، ثمَّ قالَ : لا ، بل أعتقَ هذا وهذا بكلمةٍ واحدةٍ ، وأشارَ إلى الأوَّلِ وإلى آخرَ معه ، ثمَّ قالَ : لا بل أعتقَ الثلاثةَ كلَّهُم بكلمةٍ واحدةٍ . . قالَ ابنُ الحدَّادِ :

عتقَ العبدُ الأوَّلُ بإقراره الأوَّلُ مِنْ غيرِ قُرعةٍ ، ثمَّ يُقرعُ بينَ الأوَّلِ وبينَ الثاني الذي أشارَ إليه معه في الإقرارِ الثاني لإعتاقِ الثاني لا لإرقاقِ الأوَّلِ ، فإنَّ خَرَجَتْ قُرعةُ العتقِ على الثاني . . عتقًا ، وإنَّ خَرَجَتْ قُرعةُ العتقِ على الأوَّلِ . . لَمْ يُعتَقِ الثاني بالإقرارِ الثاني . ثمَّ تُعادُ القُرعةُ بينَ الثلاثةِ ، فإنَّ خَرَجَتْ قُرعةُ العتقِ على الثالثِ . . عتقَ أيضًا . وإنَّ خَرَجَتْ على الأوَّلِ . . رَقَّ الثالثُ والثاني إنَّ لَمْ يُعتَقِ الثاني بالقُرعةِ الأولى . وإنَّ خَرَجَتْ قُرعةُ العتقِ على الثاني . . عتقَ ورَقَّ الثالثُ .

فرعُ : [ترك ثلاثة بنين وثلاثة أعبُد وأختلفوا في معتق] :

وإن مات رجلٌ وخلفَ ثلاثةَ بنينَ وثلاثةَ أعبُدٍ قيمتهمُ سواءٌ ، ولا مالَ لَهُ غيرُهُم ، فقالَ أحدُ البنينَ : أعتقَ أبي هذا العبدَ في مرضِ موتهِ ، وقالَ آخرُ : بل أعتقَ أبي هذا وهذا في مرضِ موتهِ بكلمةٍ واحدةٍ وأشارَ إلى الذي أشارَ إليه الأوَّلُ وإلى آخرَ معه ، وقالَ الثالثُ : بل أعتقَ أبي جميعَ الثلاثةِ في مرضِ موتهِ بكلمةٍ واحدةٍ :

قالَ ابنُ الحدَّادِ : فإنَّ الأوَّلَ يُعتَقُ ثلثُهُ بإقرارِ الابنِ الأوَّلِ ؛ لأنَّهُ أَقرَّ بعتقه عليه وعلى إخوته . . فقبِلَ إقرارُهُ في نصيبِ نَفْسِهِ دونَ نصيبِ إخوانِهِ ، ثمَّ يُقرعُ بينَ العبدَيْنِ اللَّذَيْنِ أشارَ إليهما الابنُ الثاني ، فأَيُّهُما خَرَجَتْ عليه قُرعةُ العتقِ . . عتقَ ثلثُهُ ؛ لأنَّهُ قَدَّرَ نصيبَهُ ، ثمَّ يُقرعُ بينَ الأعبُدِ الثلاثةِ لإقرارِ الثالثِ ، فأَيُّهُم خَرَجَتْ عليه قُرعةُ العتقِ . . عتقَ عليه ثلثُهُ ؛ لأنَّهُ قَدَّرَ نصيبَهُ ، ولا يَقوُمُ على المقرِّ باقي العبدِ ؛ لأنَّ العتقَ لَمْ يَقعْ بقوله ، وإنَّما هوَ مُخبِرٌ عَنَ إعتاقِ أبيهِ ، والإخبارُ واجبٌ عليه ، فلمَ يجبَ عليه التَّقويمُ .

وإن كانت قيمة العبد الذي أشار إليه الأول مئة ، وقيمة الثاني الذي أشار إليه الثاني مع الأول مئتين ، وقيمة العبد الثالث ثلاث مئة . . فإن الأول يعتق ثلثه بإقرار الابن الأول ؛ لأنه لم يقر أن أباه أعتق إلا ما يساوي مئة ، فلزمه ثلثها .

فإذا أقرنا بين الأول والثاني لإقرار الثاني ، فإن خرجت قرعة العتق على الأول . . عتق ثلثه وعتق من الثاني سدسه ، وقيمة ذلك ثلاثة وثلاثون وثلث ؛ لأنه أقر أن أباه أعتق ما يساوي مئتين ، فلزمه ثلثهما . وإن خرجت قرعة العتق على الثاني . . عتق ثلثه .

فإذا أقرنا بين الثلاثة لإقرار الثالث ، فإن خرجت قرعة العتق على الأول . . عتق ثلثه ثم تعاد القرعة بين الثاني والثالث ، فإن خرجت قرعة العتق على الثاني . . عتق سدسه وهو تمام حصته من الثلث . وإن خرجت على الثالث بعد خروجها على الأول . . عتق تسعه تمام حصته من الثلث . وإن خرجت قرعة العتق في الإبتداء على الثالث . . عتق منه تسعاه . ولا يجب التقويم على ما مضى في الأولى .

فرع : [اختلاف قول الوارث والشهود في عين المعتق] :

قال القاضي أبو الطيب : وإن شهد شاهدان أن رجلاً أعتق قبل موته عبداً له عتياه ، وقيمته قدر ثلث تركته ، وقال الوارث : لا ، بل أعتق هذا ، وقيمته قدر ثلث تركته ، أو كانت الشهادة والإقرار في الوصية . . عتق العبد المشهود له بالشهادة ، ثم يقرع بين المشهود له وبين الذي أقر له الوارث لبيان حكم المقر له لا لإرقاق المشهود له ، فإن خرجت قرعة العتق على المشهود له . . رَقَّ المقر له ؛ لأنه لا يجوز الزيادة على الثلث . وإن خرجت قرعة العتق على المقر له . . عتق بإقراره وعتق الأول بالشهادة .

فرع : [اختلاف قول الشهود في عين المعتق] :

قال في « الأم » : (وإن شهد شاهدان على ميت أنه أعتق هذا العبد عتقاً بتاتاً^(١) وهو يخرج من الثلث ، وشهد آخران أنه أعتق عبداً آخر عتقاً بتاتاً . . سُئِلَ عن الوقت ،

(١) بتاتاً ، يقال : لا أفعله بنةً ، والبتة ، والبتة : قطعاً لا رجعة فيه .

فأَيُّهُمَا سَبَقَ بِالْعَتَقِ . . عَتَقَ وَرَقُّ الثَّانِي ، وَلَا قُرْعَةً . وَإِنْ كَانَا فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ وَلَمْ يُعْلَمْ . . أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ) .

قَالَ فِي « الْأُمِّ » : (وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ نَجَزَ عَتَقَ هَذَا الْعَبْدَ وَهُوَ الثَّلَاثُ ، وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ هَذَا الْعَبْدَ فِي الْوَصِيَّةِ وَهُوَ الثَّلَاثُ . . عَتَقَ الْمُنَجَّزُ وَرَقُّ الْمَعْتَقُ فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْمُنَجَّزَ سَابِقٌ ، فَقُدِّمَ) .

قَالَ فِي « الْأُمِّ » : (وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ هَذَا الْعَبْدَ فِي الْوَصِيَّةِ أَوْ التَّدْبِيرِ ، وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدًا آخَرَ فِي الْوَصِيَّةِ أَوْ التَّدْبِيرِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدَّرَ الثَّلَاثُ . . أَعْتَقَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا بِالْقُرْعَةِ ^(١)) .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ الْمُزْنِيَّ رَوَى فِي « الْمَخْتَصَرِ » : لَوْ شَهِدَ أَجْنِبَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَصِيَّةً وَهُوَ الثَّلَاثُ ، وَشَهِدَ وَارِثَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدًا غَيْرَهُ وَصِيَّةً وَهُوَ الثَّلَاثُ . . عَتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ . وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ :

فَقَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : أَخْطَأَ الْمُزْنِيُّ فِي الثَّقَلِ ، وَقَدْ ذَكَرَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا .

وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : الْمَسْأَلَةُ مَفْرُوضَةٌ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْعَتَقِ دُونَ الْعَتَقِ الْمُنَجَّزِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : (أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَصِيَّةً) وَقَوْلُهُ : (عَتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ) أَرَادَ : أَنَّ الْقِيَاسَ كَانَ يُقْتَضِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ إِلَّا أَنَّ السُّنَّةَ وَرَدَتْ بِالْقُرْعَةِ ، وَإِنَّمَا قَصَدَ أَنْ يُبَيِّنَ لَهُ أَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِشَهَادَةِ الْوَرِثَةِ عَلَى غَيْرِهِمْ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : بَلْ صَوَّرْتُهَا أَنَّ الشَّهَادَتَيْنِ وَقَعَتَا فِي الْعَتَقِ الْمُنَجَّزِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : (فَإِنْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ) وَقَوْلُهُ : (وَصِيَّةً) أَرَادَ : فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّهُ حَالَةُ الْوَصِيَّةِ . وَالْحَكْمُ فِي ذَلِكَ أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ ، وَلَا يُمْكِنُ الْإِقْرَاعُ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَكُونُ قَدْ تَقَدَّمَ عَتَقَ أَحَدِهِمَا ، فَخَرَجَ عَلَيْهِ سَهْمُ الرِّقِّ ، فَيَكُونُ قَدْ أَرَقَّ الْحَرَّ .

وَقَالَ ابْنُ الْقَاصِّ : بَلْ تَأْوِيلُ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي لَفْظِ الْمَوْصِي مَا يَدُلُّ عَلَى تَفْرِيقِ الْعَتَقِ فِيهِمَا . . فَيُجْعَلُ بَيْنَهُمَا .

فرع : [إن ولدت غلاماً فهو حر أو جارية فأنت حرة] :

إذا قال لأمته الحامل : إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فهو حر ، وإن كانت جارية فأنت حرة ، فولدت غلاماً وجارية :

فإن ولدت الغلام أولاً . . عتق ورقت الأم والجارية .

وإن ولدت الجارية أولاً . . عتقت الأم بوجود صفة العتق فيها ، وعتق الغلام تبعاً لها ؛ لأن العتق وقع عليها وهي حامل به فتبعها في العتق .

وإن ولدتَهُمَا معاً . . فالذي يقتضي المذهب : أنه لا يعتق أحدُ منهما ؛ لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر .

وإن ولدت أحدهما بعد الآخر ولم يعلم أيهما نزل أول . . قال ابن الحَدَّاد : عتق الغلام ؛ لأنه حرٌ بكل حال ، ورقت الجارية ؛ لأنها رقيقةٌ بكل حال .

وأما الأم : فإنه يُقرعُ عليها بسهم عتق وسهم رق ، فإن خرجَ عليها سهمُ العتق . . عتقت . وإن خرجَ عليها سهمُ الرق . . رقت . فأعرضَ عليه بعضُ أصحابنا ، وقال : أخطأ ؛ لأن الإقراع لا يكون إلا بين شخصين ، فأما شخصٌ واحدٌ يُشكُّ في عتقه . . فلا تدخله القرعة .

قال القاضي أبو الطيب : وهذا الذي قاله هذا القائل ليس بصحيح ؛ لأن الإقراع هاهنا بين شخصين وهو الابن والأم ؛ لأن سبب العتق وجد في أحدهما ؛ لأن ولادة البنت سبب عتقهما ، وولادة الابن سبب عتقه ، وعلم أنه وجد في أحدهما ، ولم يعلم بعينه ، فوجب الإقراع بينهما .

فرع : [علق العتق على الوطء] :

وإن كان له أربع إماء ، فقال : كلماً وطئت واحدة منكن . . فواحدة حرة ، فوطيء ثلاثاً منهن ولم يطأ الرابعة :

قال ابن الحَدَّاد : أفرع بين الموطوءة أولاً وبين الرابعة التي لم توطأ ، فإن خرجت

قرعة العتق على الرابعة . . عتقت ، ثم تعاد القرعة بين الثانية والأولى فإن خرجت قرعة العتق على الأولى . . عتقت ، ثم تعاد القرعة بين الثانية والثالثة .

قال القاضي أبو الطيب : وبيان صحة ما قاله أنه بناء على أصليين :

أحدهما : أن الموطوءة تدخل في لفظ العتق كما يدخل غيرها .

والثاني : أن الوطاء اختياراً لملك الموطوءة ويعتبر العتق في غيرها .

إذا ثبت هذان الأصلان : فإنه إذا وطىء إحداهن . . فقد وقع العتق على واحدة من الأربع بغير عينها ، فلما وطىء الثانية والثالثة . . كان اختياراً لملكهما ، وتعين العتق بين الأولى والرابعة ، فوجب الإقراع بينهما لتعيين العتق في إحداهما .

فإن قيل : أليس قد وطىء الأولى كما وطىء الثانية والثالثة ، فهلا قلتم : إن العتق ينصرف عنها ويتعين في الرابعة بغير قرعة ؟

فالجواب : أن الثانية والثالثة وطئتهما بعد وقوع العتق على إحداهن والتعيين إليه ، فكان وطئهما^(١) اختياراً لملكهما ، ووطىء الأولى قبل وقوع العتق ، وإنما وقع العتق بعد هذا الوطاء .

وأما العتق الواقع بوطء الثانية : فهو شائع بينهما وبين التي لم تعتق بوطء الأولى ، وهي إما الأولى وإما الرابعة .

وأما الثالثة : فقد وطئها بعد وقوع العتق بوطء الثانية فكان اختياراً لملكها ، وصرف العتق عنها ، فتردد العتق الواقع بوطء الثانية بين الأولى والرابعة .

وأما العتق الواقع بوطء الثالثة : فهو شائع بينها وبين التي لم تعتق بالقرعة الأولى أو الثانية ، وهي الأولى أو الثانية أو الرابعة ، فيقرع بينهما ، فإذا خرجت القرعة على إحداهما . . عتقت ، فنكون قد عينا العتق في ثلاثٍ منهن وأزقنا واحدة منهن .

ومن أصحابنا من خالفه في ذلك وقال : الوطاء لا يكون اختياراً لملك الموطوءة كما لا يكون رجعة في المطلقة . ووافقه أن الموطوءة تدخل في لفظ الاعتاق كغيرها .

(١) في نسخة : (وطئها) .

فعلى هذا : قد عتق بوطء الثلاث ثلاثَ منهنَّ بغيرِ أعيانهنَّ ، فيُكْتَبُ في ثلاثِ رِقَاقٍ عتقٌ ، وفي رقعةٍ رابعةٍ رِقٌّ ، ثمَّ يُخْرَجُ رقعةٌ على إحدى الأربعِ ، فإنَّ خرجتْ عليها رقعةُ الرِّقِّ . . رَقَّتْ وعتق البواقي . وإنَّ خرجتْ عليها رقعةُ العتقِ . . عتقتْ ، ثمَّ تُخْرَجُ رقعةٌ أخرى على أخرى ، فإنَّ خرجتْ رقعةُ الرِّقِّ . . رَقَّتْ وعتق الأخرى إلى أن يُستوفى عتقُ ثلاثٍ .

ومن أصحابنا مَنْ قال : الموطوءة لا تدخل في لفظِ العتقِ ، والوطء اختيارٌ منه لملكِ الموطوءة .

فعلى هذا : إذا وُطِئَ الأولَى . . لم تدخل هي في العتقِ ، وعتقُ واحدةٍ إمَّا الثانيةُ أو الثالثةُ أو الرابعةُ ، لكنَّه وُطِئَ الثانيةُ والثالثةُ ، فكانَ ذلكَ اختياراً لملكهما فتعتقُ الرابعةُ . وعتقُ الأولَى بوطءِ الثانيةِ ؛ لأنَّ الرابعةَ قد عتقتْ ، والثالثةَ قد اختارَ تملكها بوطئها ، فلم يبقَ إلَّا الأولَى .

ويعتقُ بوطءِ الثالثةِ الثانيةُ ؛ لأنَّ الرابعةَ قد عتقتْ بوطءِ الأولَى ، والأولى قد عتقتْ بوطءِ الثانيةِ ، والثالثةُ هي الموطوءة لا تدخل في العتقِ ، فلم يبقَ إلَّا الثانيةُ .

قال القاضي أبو الطيب : والأوَّلُ أصحُّ ؛ لأنَّ قوله : (كلِّما وُطِئَتْ واحدةٌ منك) عامٌّ في جميعهنَّ ، والوطء اختيارٌ للملك ، كما قال الشافعي رحمه الله في البائع إذا وُطِئَ الأمةُ المعيبةُ في مدَّةِ الخيارِ . . كان اختياراً للفسخِ .

فرعٌ : [تعليق العتق بدخول دار أولاً وآخرًا] :

قال أبو العباس : لو قال : أوَّلُ عبدٍ يدخلُ الدارَ فهو حرٌّ ، فدخلَ عبدُ الدارِ . . احتملَ أنْ يعتقَ في الحالِ ، وهو الأصحُّ ؛ لأنَّه أوَّلُ ، واحتملَ أنْ لا يعتقَ حتَّى يدخلَ آخرُ ؛ لأنَّه لا يقالُ له أوَّلُ حتَّى يكونَ ^(١) له آخرُ .

وإنَّ قالَ : آخرُ عبدٍ يدخلُ الدارَ فهو حرٌّ . . لم يُحكَمْ عليه بعتقِ عبدٍ حتَّى يموتَ

(١) في نسختين : (يدخل) .

فيحكم بعتق آخر من دخل من عبيده الدار ؛ لأنه لا يعلم ذلك إلا بموته .

وإن قال : أول عبد يدخل الدار فهو حر ، فدخل أثنان معاً ، ثم دخل الثالث بعدهما . لم يعتق أحدهم ؛ لأن الاثنين لما دخلا معاً لم يكن أحدهما أولاً ، واللفظ اقتضى واحداً ، والثالث ليس بأول إلا إن قال : أول عبد يدخل الدار وحده فهو حر . فيعتق الثالث .

وإن قال : أي أمة ابتعتها وتسريتها فهي حرة ، فأشترى أمة وتسراها . لم تعتق ؛ لأنه عقد الصفة قبل الملك .

مسألة : [ملك الأصول أو الفروع] :

إذا ملك الإنسان أباه ، أو أمه ، أو جدّه ، أو جدّته من قبل الأب أو الأم وإن علوا ، أو ملك ولده أو ولد ولده وإن سفلوا ، من البنين أو البنات . عتق عليه بالملك . وبه قال مالك وأبو حنيفة وعامة أهل العلم .

وقال داود : (لا يعتق عليه بالملك أحد من والد ولا ولد ولا غيرهم) .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَنَهُ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ ﴾ [الأنبياء : ٢٦] وهذا يدل على أن الولد لا يكون مملوكاً .

وقال تعالى : ﴿ تَكَادُ السَّمَوَاتُ يَنْفَطَرْنَ مِنْهُ وَتَنْشَقُّ الْأَرْضُ وَتَخِرُّ الْجِبَالُ هَدًا ﴾ أن دعوا للرحمن ولداً ﴿ وَمَا يَلْبَغَى لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا ﴾ ﴿ إِنَّ كُلَّ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ إِلَّا مَا فِي الرَّحْمَنِ عَبْدًا ﴾ ^(١) [مريم : ٩٠-٩٣] . فدل على أن الولادة والعبودية لا يجتمعان له .

وإن ملك من سوى الوالدين له ، أو المولودين من سائر القرابة . لم يعتق عليه .

وقال مالك : (يعتق عليه الإخوة والأخوات) .

وقال أبو حنيفة وأحمد : (يعتق عليه بالملك كل ذي رحم محرم) .

(١) قوله تعالى : ﴿ وَتَخِرُّ الْجِبَالُ هَدًا ﴾ يقال : خَرَّ : سقط من أعلى إلى أسفل . الهد : هدم البناء وإزالته ، وهذا البناء يهده هذا : هدمه وضعفه .

دليلنا : أَنَّ مَنْ جازَ للمكاتبِ بيعُهُ إِذا مَلَكَهُ . . لَمْ يعتقْ على الحرِّ إِذا مَلَكَهُ ، كالعصبات .

فرعٌ : [ولد الزنا لا يعتق] :

وإنْ وَلَدَتِ المرأةُ وَلِداً مِنَ الزنَى وَمَلَكَهُ الزاني بها . . لَمْ يعتقْ عليه^(١) .
وقال أبو حنيفة : (يعتقُّ عليه) .

دليلنا : أَنَّها ولادةٌ لا يتعلَّقُ بها ثبوتُ النَّسَبِ ، فلا يتعلَّقُ بها وجوبُ الإعتاقِ ، كما لو وَلَدَتْهُ لأكثرَ مِنْ أربعِ سِنينَ مِنْ حينِ الزنَى .

فرعٌ : [يعتق شقصُ مَنْ ذَكَرَ بالملك] :

وإنْ مَلَكَ شِقْصاً مِمَّنْ يعتقُّ عليه بالملكِ . . عتقَ عليه ذلكَ الشَّقْصُ كما لو مَلَكَ جميعَهُ ، وهل يَقومُ الباقي عليه ويعتقُّ ؟ يُنظَرُ فيه :

فإنْ كانَ معسِراً . . لَمْ يَقومَ عليه وَلَمْ يُعتقْ عليه ؛ لأنَّ التقويمَ والسَّرايةَ لإزالةِ الضررِ عَنِ الشريكِ ، وفي التقويمِ على المعسِرِ إضرارٌ بالمعسِرِ .

وإنْ كانَ موسِراً . . نظرتُ :

فإنْ مَلَكَ ذلكَ الشَّقْصَ باختيارِهِ ، بأنِ ابتاعَهُ أو أَنهَبَهُ أو أوصِي بِهِ لَهُ فَقَبِلَهُ . . قَوْمَ عليه الباقي وعتقَ عليه . وإنْ مَلَكَهُ بغيرِ اختيارِهِ ، بأنِ ورَثَهُ . . لَمْ يَقومَ عليه الباقي وَلَمْ يعتقْ عليه ؛ لأنَّ اختيارَهُ لِمَلِكِ الشَّقْصِ اختيارٌ للتقويمِ عليه والعتقِ .

فرعٌ : [الوصية والهبة بمن يعتق عليه] :

وإذا وَصَّى لَهُ بَمَنْ يعتقُّ عليه ، أو وَهَبَ لَهُ ، أو قَدَرَ على شرائِهِ . . فالمستحبُّ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ الوصِيَّةَ والهبةَ ويشتريَهُ ليعتقَ عليه ؛ لقولِهِ ﷺ : « لا يَجْزِي وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ

(١) يستأنس له بما رواه عن ميمونة مولاة النبي ﷺ النسائي في « الكبرى » (٤٩١٣) : أن النبي ﷺ سئل عن ولد الزنا فقال : « لا خير فيه ، نعلين أجاهد - أو قال - : أجهز بهما أحب إليَّ من أن أعتق ولد الزنا » .

مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ»^(١) . ومعناه : فيعتقه بالشراء كقوله ﷺ : « النَّاسُ غَادِيَانِ : فَبَائِعٌ نَفْسَهُ فَمُؤَبَّقُهَا ، وَمُشْتَرِيهَا فَمُعْتِقُهَا »^(٢) .

ولا يجب عليه ذلك ، وهو قول كافة العلماء^(٣) .

وقال بعض الناس إذا أوصى له بأبيه^(٤) أو وهب له . . . وجب عليه القبول ؛ ليخلصه من ذل الرق .

دليلنا : أنه اجتلاب ملك فلم يجب عليه قبوله ، كما لو وصى له بغير أبيه ، ولأنه لا يجب عليه شراء أبيه ، فلم يجب عليه قبول الوصية والهبة فيه .

فرع : [قبول الولي الوصية والهبة] :

وإن وصى للموئى عليه بمن يعتق عليه بالملك أو وهب له ، فإن كان الموئى عليه معسراً . . . وجب على الولي أن يقبل له الوصية والهبة ؛ لأنه يحصل للموئى عليه بذلك الثواب والولاء من غير ضرر عليه .

(١) أخرجه عن أبي هريرة أحمد في « المسند » (٣٢٠/٢) وغيرها ، والبخاري في « الأدب المفرد » (١٠) ، ومسلم (١٥١٠) في العتق ، وأبو داود (٥١٣٧) في الأدب ، والترمذي (١٩٠٧) في البر والصلة ، والنسائي في « الكبرى » (٤٨٩٦) في العتق ، وابن ماجه (٣٦٥٩) في الأدب ، وابن الجارود في « المتقى » (٩٧١) في العتاقة ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٨٩/١٠) . قال الترمذي : حديث حسن صحيح . يعزى : يكافىء .

(٢) أخرجه مطولاً عن جابر رضي الله عنهما عبد الرزاق في « المصنف » (٢٠٧١٩) ، وأحمد في « المسند » (٣٢١/٣) ، والبزار كما في « كشف الأستار » (١٦٠٩) ، وأبو يعلى في « المسند » (١٩٩٩) ، وابن حبان في « الإحسان » (٤٥١٤) ، والحاكم في المستدرک (٤٢٢/٤) وصححه ، ووافقه الذهبي ، وفيه ألفاظ : « يا كعب بن عجرة إنه لا يدخل الجنة لحم ودم نبتا على سحت ، النار أولى به . . . » و : « أعاذك الله يا كعب بن عجرة من إمارة السفهاء . . . » .

وعن كعب بن عجرة أخرجه ابن حبان في « الإحسان » (٥٥٦٧) بإسناد صحيح .

(٣) في حاشية نسخة : (خالف أصحابنا فيه فقال أكثرهم : يجب أن يقوم عليه . من « شرح المولدات ») .

(٤) في (م) : (بابه) .

وإن كان المولى عليه موسراً ، فإن كان الموصى به له يلزم المولى عليه نفقته . . لم يجز للولي قبوله ؛ لأن النفقة تلزم المولى عليه . وإن كان المولى عليه لا تلزمه نفقته . . وجب على الولي أن يقبل له الوصية والهبة ؛ لأنه لا ضرر على المولى عليه . وإن وصى له ببعضه : فإن كان المولى عليه معسراً . . لزم الولي قبوله ؛ لأنه لا يقوم على المولى عليه ولا تلزمه نفقته .

وإن كان موسراً : فإن كان الموصى به زماً يلزمه نفقته . . لم يجز للولي قبوله ؛ لأنه يدخل الضرر على المولى عليه بوجوب النفقة عليه . وإن كان الموصى به صحيحاً مكتسباً . . ففيه قولان :

أحدهما : لا يجوز للولي قبوله ؛ لأنه يلزم المولى عليه الضرر بالتقويم .
والثاني : يلزم الولي قبوله ، ولا يقوم على المولى عليه ولا يسري ؛ لأنه يدخل في ملكه بغير اختياره ، فهو كما لو ملك بعضه بالإرث .

فرع : [وصى بجارية لزوجها فماتا وله ابن] :

إذا وصى رجل بجارية لزوجها ، فمات الموصي ، ثم مات الموصى له قبل قبول الوصية ، وللموصى له ابن من هذه الجارية يرثه . . فالابن بالخيار : بين أن يقبل الوصية وبين أن يردها .

فإن ردها . . بقيت الأمة على ملك ورثة الموصي .

إن قبل الابن الوصية وأحتملها الثلث . . صح ذلك ودخلت في ملك الزوج أولاً ، ثم انتقلت إلى ابنه ميراثاً وعتقت عليه .

وإن لم يحتمل الثلث إلا بعضها ولم تجز الورثة باقيها . . صح الوصية فيما أحتمل الثلث منها ، ودخل في ملك الزوج بقبول الابن ، ثم ينتقل بعد ذلك إلى ملك ابنها بالإرث عن أبيه ، ويعتق عليه ذلك .

فإن كان الابن معسراً . . لم يسر العتق إلى باقيها .

وإن كان موسراً . . فهل يقوم عليه باقيها ويسري العتق إليه ؟ فيه وجهان :

[أحدهما] : قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ : يَقْوَمُ عَلَيْهِ وَيَعْتَقُ ؛ لِأَنَّهُ أَجْتَلَبَ مِلْكَ بَعْضِهَا بِقَبُولِ الْوَصِيَّةِ فَيَقْوَمُ عَلَيْهِ بِاقِيهَا ، كَمَا لَوْ أَوْصَى لَهُ بِبَعْضِ أُمَةٍ فَقَبِلَهَا .

وَالثَّانِي : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا تَقْوَمُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ بَعْضَهَا بِالْإِرْثِ عَنْ أَبِيهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَرِثَ بَعْضُ أُمَةٍ مِنْ غَيْرِ الْوَصِيَّةِ .

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ لَهُ صُنْعًا فِي مِلْكِ بَعْضِهَا ، وَهُوَ قَبُولُهُ . قَالَ : وَنَظِيرُهَا : إِذَا بَاعَ بَعْضُ أُمَةٍ لَهُ بِثَوْبٍ وَقَبَضَ الثَّوْبَ وَمَاتَ بَائِعُ بَعْضِ الْأُمَةِ وَوَرِثَهُ رَجُلٌ هُوَ ابْنُ الْأُمَةِ فَوَجَدَ الْإِبْنَ بِالثَّوْبِ عِيًّا فَرَدَّهُ . رَجَعَ إِلَيْهِ بَعْضُ أُمِّهِ .

وَهَلْ يَقْوَمُ عَلَيْهِ بِاقِيهَا إِنْ كَانَ مُوسِرًا ؟ عَلَى الْوَجْهَيْنِ ، الصَّحِيحُ : أَنَّهُ يَقْوَمُ عَلَيْهِ .

فَرَعٌ : [اسْتَوْلَدَ أُمَةً ثُمَّ مَلَكَهَا عَتَقَ ابْنَهُ مِنْهَا] :

إِذَا تَزَوَّجَ رَجُلٌ أُمَةً لِغَيْرِهِ فَأَوْلَدَ مِنْهَا أَبْنًا ، ثُمَّ مَلَكَهَا . . عَتَقَ عَلَيْهِ أَبْنُهُ وَأَنْفَسَخَ النِّكَاحُ .

فَإِنْ مَلَكَ الْأُمَةُ ، ثُمَّ أَوْصَى بِهَذِهِ الْجَارِيَةِ زَوْجَهَا لِابْنٍ لَهَا مِنْ غَيْرِهِ ، فَإِنْ رَدَّ الْمَوْصَى لَهُ الْوَصِيَّةَ . . مَلَكَهَا أَبْنُهَا مِنْهُ إِرْثًا عَنْ أَبِيهِ ، وَعَتَقَتْ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَبِلَهَا الْمَوْصَى لَهُ وَخَرَجَتْ مِنَ الثَّلَاثِ . . عَتَقَتْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا أُمُّهُ .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهَا وَلَمْ يُجْزِ أَبْنُهَا الْوَصِيَّةَ فِيهَا . . عَتَقَ ثَلَاثُهَا عَلَى أَبْنِهَا الْمَوْصَى لَهُ ، وَعَتَقَ ثَلَاثُهَا عَلَى أَبْنِهَا الْوَارِثِ .

وَإِنْ أَجَازَ أَبْنُهَا الْوَصِيَّةَ فِيمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْإِجَازَةَ أَبْتَدَأَ عَطِيَّةً مِنَ الْوَارِثِ . . لَمْ تَصَحَّ الْإِجَازَةُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَهَبَ أُمُّهُ .

وَإِنْ قُلْنَا : الْإِجَازَةُ تَنْفِذٌ لِمَا فَعَلَهُ الْمَوْصَى . . صَحَّتِ الْإِجَازَةُ ، وَعَتَقَ جَمِيعُهَا عَلَى الْإِبْنِ الْمَوْصَى لَهُ .

فَرَعٌ : [أَوْصَى بِأُمَتِهِ لِابْنِهَا مِنْ غَيْرِهِ وَلَهُ ابْنٌ مِنْهَا] :

وَإِنْ كَانَ لِرَجُلٍ أُمَةٌ وَلَهُ ابْنٌ مِنْ غَيْرِهَا ، وَلَهَا ابْنٌ مِنْ غَيْرِهِ ، فَأَوْصَى بِهَا لِابْنِهَا وَلَا مَالٌ لَهُ غَيْرُهَا ، فَمَاتَ الْمَوْصَى ، فَأَعْتَقَ أَبْنُهُ ثَلَاثِهَا ، ثُمَّ قَبَلَ أَبْنُهَا الْوَصِيَّةَ فِيهَا ، فَإِنْ

قُلْنَا : إِنَّ الْمَوْصِيَّ لَهُ يَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ بِالْقَبُولِ . . سَرَىٰ إِعْتَاقُ الْوَارِثِ إِلَىٰ ثُلُثِهَا الْمَوْصِيَّ بِهِ .

وإِنْ قُلْنَا : تَبَيَّنَ بِالْقَبُولِ أَنَّهُ مَلَكَ بِمَوْتِ الْمَوْصِي . . فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ : لَا يَقُومُ نَصِيبُ الْإِبْنِ الْوَارِثِ عَلَىٰ ابْنِ الْأُمَةِ الْمَوْصِيَّ لَهُ وَإِنْ كَانَ عَتَقَهُ سَابِقاً لِعَتَقِ الْوَارِثِ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ خَالَفَهُ وَقَالَ : يَقُومُ مَا زَادَ عَلَىٰ الثُّلُثِ عَلَىٰ الْإِبْنِ الْمَوْصِيَّ لَهُ إِنْ كَانَ مُوسِراً ؛ لِأَنَّ عَتَقَ نَصِيبِ الْمَوْصِيَّ لَهُ سَابِقٌ لِعَتَقِ نَصِيبِ الْوَارِثِ ، فَيَقُومُ^(١) عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّ ابْنَ الْحَدَّادِ قَالَ : إِذَا أَوْصَىٰ بِهَا لِابْنِهَا الَّذِي لَيْسَ مِنْهُ وَلَاجْنَبِيٍّ ، فَقَبِلَ الْأَجْنَبِيُّ الْوَصِيَّةَ فِي نَصْفِهَا وَأَعْتَقَهُ ، ثُمَّ قَبِلَ ابْنُهَا الْوَصِيَّةَ . . تَبَيَّنَا أَنَّهُ عَتَقَ عَلَىٰ ابْنِهَا نَصْفُهَا حِينَ مَوْتِ الْمَوْصِي ، وَوَجِبَ تَقْوِيمُ نَصْفِ الْأَجْنَبِيِّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ عَتَقَ نَصِيبِ ابْنِهَا سَابِقٌ لِعَتَقِ نَصِيبِ الْأَجْنَبِيِّ ، فَكَذَا هَذَا مِثْلُهُ .

وَمِنْهُمْ مَنْ صَوَّبَ قَوْلَ ابْنِ الْحَدَّادِ ، وَقَالَ : لَا يَقُومُ عَلَىٰ ابْنِهَا نَصِيبُ الْوَارِثِ الَّذِي أَعْتَقَهُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْوَارِثِ أَكْثَرُ مِنْ مِلْكِ الْمَوْصِيَّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ إِلَىٰ الْوَارِثِ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ . فَإِذَا أَعْتَقَ ذَلِكَ . . صَحَّ وَأَسْتَقَرَّ ، وَالْمَوْصِيَّ لَهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا بِالْقَبُولِ .

وَإِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ تَبَيَّنَ بِالْقَبُولِ أَنَّهُ مَلَكَ بِالمَوْتِ . . فَفِي ذَلِكَ خِلَافٌ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، فَلَمْ يَجْزِ إِبْطَالُ الْأَقْوَىٰ بِالْأَضْعَفِ . وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا كَانَتِ الْوَصِيَّةُ لِلْأَجْنَبِيِّ وَلِابْنِهَا ؛ لِأَنَّ سَبَبَ مِلْكِهِمَا وَاحِدٌ ، وَهُوَ الْوَصِيَّةُ وَالْقَبُولُ ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأَوَّلَىٰ مِنَ الْآخَرِ ، فَجَعَلْنَا الْحُكْمَ لِلْسَابِقِ .

فَرَعٌ : [أَوْصَىٰ لَهُ بِمَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ] :

وَإِنْ وَصَّىٰ لِرَجُلٍ بِمَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، فَمَاتَ الْمَوْصِي ، ثُمَّ مَاتَ الْمَوْصِيَّ لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ وَلَهُ وَارِثَانِ ، فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا الْوَصِيَّةَ وَرَدَّ الْآخَرَ . . فَإِنَّ نَصِيبَ الْقَابِلِ يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْمَوْصِيَّ لَهُ وَيَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَهَلْ يَقُومُ الْبَاقِي عَلَىٰ الْقَابِلِ ؟

(١) فِي نَسْخَةِ : (قَوْم) وَآخَرَىٰ : (قَدَم) .

قَالَ أَبُو الْحَدَّادِ : إِنْ كَانَ الْقَابِلُ قَدْ وَرِثَ عَنِ الْمَوْصِي لَهُ قَدْرَ قِيَمَةِ الْبَاقِي . . قَوْمَ عَلَيْهِ الْبَاقِي . وَإِنْ وَرِثَ عَنْهُ أَقَلٌّ مِنْ قِيَمَةِ الْبَاقِي . . قَوْمَ عَلَيْهِ مِنْ بَاقِي الْعَبْدِ بِقَدْرِ مَا وَرِثَ عَنِ الْمَوْصِي لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَرِثْ عَنِ الْمَوْصِي لَهُ شَيْئاً . . لَمْ يَقَوْمَ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مُوسِراً مِنْ غَيْرِ مِيرَاثِهِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ التَّقْوِيمَ لَزِمَ عَلَى الْمَتَوَقَّى لِعِتْقِهِ عَنْهُ فِي نَصِيبِ أَحَدِ الْوَارِثِينَ ، فَتَعَلَّقَ بِمَا وَرِثَ عَنْهُ وَقُدِّمَ عَلَى الْمِيرَاثِ ، وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِنَصِيبِ الْوَارِثِ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ لَمْ يَثْبُتْ عَلَى الْمَوْصِي لَهُ فِي نَصِيبِهِ .

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : وَيَجِيءُ فِي مِثْلِ هَذَا مَا قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : أَنَّهُ لَا يَقَوْمُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي مِلْكِ الْقَابِلِ بِالْإِرْثِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

فَرَعٌ : [اشْتَرَى الْأُمَةَ الْحَامِلَ زَوْجَهَا وَابْنَهَا الْحُرَّ] :

إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ أُمَةٌ وَلَهَا ابْنٌ حُرٌّ مِنْ غَيْرِهِ ، فَزَوَّجَهَا مَالِكُهَا مِنْ رَجُلٍ وَحَمَلَتْ مِنَ الزَّوْجِ ، فَأَشْتَرَاهَا زَوْجُهَا وَابْنُهَا الْحُرُّ مِنْ مَوْلَاهَا وَهِيَ حَامِلٌ صَفْقَةً وَاحِدَةً . . فَإِنَّ نَصِيبَ الْإِبْنِ مِنَ الْجَارِيَةِ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ بَعْضَ أُمِّهِ ، وَيَتَّبَعُهُ نَصْفُ حَمْلِهَا ، فَإِنْ كَانَ الْإِبْنُ مُعْسِراً . . لَمْ يَقَوْمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ الزَّوْجِ . وَإِنْ كَانَ مُوسِراً . . قَوْمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ الزَّوْجِ مِنَ الْجَارِيَةِ .

وَأَمَّا نَصِيبُ الزَّوْجِ مِنَ الْحَمْلِ : فَإِنَّهُ يُعْتَقُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ بَعْضَ وَلَدِهِ ، وَلَا يَقَوْمُ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا بِالْحَمْلِ عَلَى صَاحِبِهِ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ عَتَقَ نَصِيبِهِمَا وَقَعَ عَلَيْهِمَا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ .

فَإِنْ لَمْ يَشْتَرِهَا وَلَكِنْ أَوْصَى بِهَا مَوْلَاهَا لَهَا ، فَإِنْ قَبِلَ الْوَصِيَّةَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ ، بَأَنْ أَتَّفَقَ لَفْظُهُمَا فِي الْقَبُولِ أَوْ وَكَلًّا وَكَيْلًا فَقَبِلَ لَهَا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ . . فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَرَاهَا صَفْقَةً وَاحِدَةً .

وَإِنْ قَبِلَ الْوَصِيَّةَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْآخَرِ . . بَنَى عَلَى وَقْتِ مِلْكِ الْمَوْصِي لَهُ ، فَإِنْ قُلْنَا : يَتَّبِعُ الْقَبُولُ أَنَّهُ مَلَكَ بِالْمَوْتِ . . فَهُوَ كَمَا لَوْ قَبِلَ الْوَصِيَّةَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ . وَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ الْمَوْصِي لَهُ بِالْقَبُولِ . . نَظَرَتْ :

إِنْ قَبِلَ الزَّوْجَ أَوَّلًا . . . عَتَقَ عَلَيْهِ نِصْفَ الْحَمْلِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ بَعْضَ وَلَدِهِ ، وَقَوَّمَ عَلَيْهِ النِّصْفَ الْآخَرَ لِلْمَوْصِي لَهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، ثُمَّ إِذَا قَبِلَ الْإِبْنُ بَعْدَهُ . . . عَتَقَ عَلَيْهِ نِصْفَ الْأُمَةِ ؛ لِأَنَّهَا أُمُّهُ ، وَيَقَوِّمُ عَلَيْهِ نِصْفَهَا لِلزَّوْجِ إِنْ كَانَ الْإِبْنُ مُوسِرًا فَيَتَقَاَصَانِ فِيمَا أَسْتَوِيَا فِيهِ مِنَ الْقِيَمَةِ وَيَتَرَادَانِ بِالْفَضْلِ .

وَإِنْ قَبِلَ الْإِبْنُ أَوَّلًا . . . عَتَقَ عَلَيْهِ نِصْفَ الْأُمَةِ ، وَتَبَعَهَا نِصْفَ الْحَمْلِ ، وَقَوَّمَ عَلَيْهِ نِصْفَ الْأُمَةِ وَنِصْفَ الْحَمْلِ لِلزَّوْجِ .

فرع : [أسر المسلم أباه الحربي] :

وَإِذَا أَسَرَ الْمُسْلِمُ أَبَاهُ الْحَرْبِيُّ وَأَنْفَرَدَ بِأَسْرِهِ . . . قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ : لَمْ يَعْتَقْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ فِيهِ بِالْخِيَارِ : بَيْنَ قَتْلِهِ وَمُفَادَاتِهِ وَالْمَنْ عَلَيْهِ ، فَلَوْ أَعْتَقْنَاهُ . . . لَأَبْطَلْنَا خِيَارَ الْإِمَامِ فِيهِ ، وَلَئِنْ الْغَانِمَ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ تَمْلُكُهُ ، وَلَمْ يُوجَدْ مِنَ الْإِبْنِ الْاِخْتِيَارُ لَتَمْلُكِهِ .

فَإِنْ اخْتَارَ الْإِمَامُ اسْتِرْقَاقَهُ ، وَاخْتَارَ الْإِبْنُ تَمْلُكَهُ . . . عَتَقَ عَلَى الْإِبْنِ أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِهِ ، وَيَكُونُ خُمُسُهُ لِأَهْلِ الْخُمُسِ .

فَإِنْ كَانَ الْإِبْنُ مَعِيرًا . . . رَقَّ خُمُسُهُ . وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا . . . قَوَّمَ عَلَيْهِ الْخُمُسُ وَعَتَقَ عَلَيْهِ .

وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ الْإِبْنُ تَمْلُكَهُ . . . كَانَتْ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ مُرْصَدَةً لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، وَخُمُسُهُ لِأَهْلِ الْخُمُسِ .

وَإِنْ سَبَى^(١) أُمُّهُ وَابْنُهُ الصَّغِيرَ وَاخْتَارَ تَمْلُكَهُمَا . . . عَتَقَ عَلَيْهِ أَرْبَعَةَ أَخْمَاسَهُمَا ، وَقَوَّمَ عَلَيْهِ خُمُسَهُمَا لِأَهْلِ الْخُمُسِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ؛ لِأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْإِمَامِ فِيهِمَا .

وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ تَمْلُكَهُمَا . . . كَانَتْ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِمَا لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، وَخُمُسُهُمَا لِأَهْلِ الْخُمُسِ .

(١) فِي (م) : (أَسَرَ) .

فرعٌ : [قال لأحد عبديه أحدكم حر على ألف] :

إذا قال رجلٌ لعبدين له : أحدكما حرٌّ على ألفٍ ، فقال كلُّ واحدٍ منهما : قد قبلتُ . . عتق أحدهما لا بعينه . وله أن يُعين^(١) أيهما شاء ، ولا يُقرع بينهما ما دام حيًّا . فإن مات قبل البيان ولا وارث له . . أقرع بينهما . وإن كان له وارث . . فهل يقوم مقامه في البيان ؟ فيه وجهان ، حكاهما القاضي أبو الطيب :

أحدهما : يقوم مقامه في البيان كسائر حقوقه .

والثاني : يُقرع بينهما كما أقرع النبي ﷺ لتعيين العتق في العبد الستة .

فإذا أقرع بينهما وخرجت القرعة لأحدهما . . عتق . قال ابن الحَدَّاد : ولزم العبد قيمته لمولاه ، ولا تلزمه الألف ؛ لأنه زال ملكه عنه بعوضٍ مجهولٍ ولا يمكنه الرجوع إلى العبد ، فيرجع عليه بقيمته .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولٌ آخرٌ : أنه يرجع عليه بالألف .

قال القاضي أبو الطيب : وهذا هو القول القديم في الصَّدَاقِ إذا تَلَفَ في يد الزوج قبل القبض ، أو تَلَفَ عَوْضُ الخُلْعِ في يد الزوجة قبل القبض . والأوَّلُ أصحُّ .

فرعٌ : [اختلف إخوة في ملك جارية ولدها] :

ولو كانت جاريةٌ ولدها في يد ثلاثة رجالٍ إخوة ، فقال أحدهم : هذه أمُّ ولدي وهذا ولدها مني . وقال آخرٌ : هذه أمُّ ولِدِ أبينا ولدها أخونا . وقال الثالث : هذه أمّتي ولدها عبدي ، ولا بينة لواحدٍ منهم . . قال ابن الحَدَّاد : فإنه يعتق ثلث الجارية وثلث ولدها بإقرارٍ من قال : هي أمُّ ولِدِ أبينا . ويعتق ثلث ثانٍ من الولد بإقرارٍ من قال : الجارية أمُّ ولدي ولدها مني ، ويصير ثلث الجارية أمُّ ولِدِ له ، ويسري إلى ثلث الجارية وثلث ولدها ، فيلزم الذي أقرَّ بكونها أمُّ ولِدِ له ثلث قيمتها وثلث قيمة ولدها إن

(١) في نسخة : (يعتق) .

كَانَ مُوسِرًا بِقِيَمَتِهَا لِلَّذِي أَدْعَى أَنَّهُمَا مَمْلُوكَانِ لَهُ . وَيُثْبِتُ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنَ الَّذِي أَدْعَى أَنَّهُ ابْنُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِبُيُوتِ نَسَبِهِ مِنْهُ وَلَا مَنَازَعَ لَهُ فِي ذَلِكَ . وَلَا يُثْبِتُ النَّسَبُ مِنَ الْأَبِ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ مِنْ بَعْضِ الْوَرِثَةِ .

فِرْعُ : [عَلَّقَ عَتَقَ عَبْدَهُ عَلَى حَاجَةِ الْعَامِ] :

إِذَا قَالَ : إِنْ لَمْ أَحِجَّ الْعَامَ فَعَبْدِي حُرٌّ ، فَأَدْعَى أَنَّهُ حَجٌّ ، فَأَقَامَ الْعَبْدُ بَيِّنَةً أَنَّهُ كَانَ يَوْمَ النَحْرِ بِالْكَوْفَةِ . . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : عَتَقَ الْعَبْدُ ؛ لِأَنَّ الْحَالَ إِذَا كَانَ كَذَلِكَ أَسْتَحَالَ أَنْ يَكُونَ حَجٌّ تِلْكَ السَّنَةِ .

مَسَائِلُ مِنَ الدَّوْرِ فِي الْعَتَقِ :

إِذَا أَوْصَى رَجُلٌ بِعَتَقِ عَبْدٍ ، فَأَكْتَسَبَ الْعَبْدُ مَالًا بَعْدَ الْوَصِيَّةِ وَقَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ . . فَإِنَّ جَمِيعَ كَسْبِهِ يَكُونُ مِلْكًا لِسَيِّدِهِ وَلِوَرِثَتِهِ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ عَتَقَهُ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ غَيْرُ لَازِمٍ ؛ لِأَنَّ لِلْمَوْصِي أَنْ يَرْجِعَ فِي وَصِيَّتِهِ بِعَتَقِهِ .

وَإِنْ مَاتَ الْمَوْصِي فَأَكْتَسَبَ هَذَا الْعَبْدُ مَالًا بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ وَقَبْلَ الْإِعْتَاقِ ، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ . . فَإِنَّ جَمِيعَ الْكَسْبِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ قَدْ أَسْتَحَقَّ الْعَتَقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ، وَإِنَّمَا تَأَخَّرَ إِعْتَاقُهُ بِتَفْرِيطِ الْوَصِيِّ أَوْ الْوَارِثِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلَاثِ وَلَمْ تُجْزِ الْوَرِثَةُ . . كَانَ لِلْعَبْدِ مِنَ الْكَسْبِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ . فَإِنْ عَتَقَ مِنْهُ ثَلَاثَةً . . كَانَ لَهُ ثَلَاثُ كَسْبِهِ ، وَإِنْ عَتَقَ مِنْهُ نِصْفَهُ . . كَانَ لَهُ نِصْفُ كَسْبِهِ ، وَبَاقِي كَسْبِهِ لِلْوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّ الْكَسْبَ حَصَلَ مِنْهُ بَعْدَ أَنْ دَخَلَ مَا لَمْ يُسْتَحَقَّ إِعْتَاقُهُ فِي مِلْكِهِمْ .

وَإِنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ عَبْدًا لَهُ ، وَمَاتَ السَيِّدُ ، ثُمَّ كَسَبَ الْعَبْدُ مَالًا بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ وَعَلَى السَيِّدِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِتَرْكِهِ . . فَإِنَّ الْعَبْدَ لَا يَعْتَقُ ، وَيُبَاعُ فِي الدَّيْنِ ، وَالْكَسْبُ لِلْوَرِثَةِ وَلَا يُقْضَى الدَّيْنُ مِنَ الْكَسْبِ .

وَقَالَ أَبُو سَعِيدٍ الْإِسْطَخْرِيُّ : يَقْضَى الدَّيْنُ مِنَ الْكَسْبِ . وَالْمَنْصُوصُ هُوَ الْأَوَّلُ .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ . . فَإِنَّ جَمِيعَ الْكَسْبِ لِلْعَبْدِ إِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ . وَإِنْ كَانَ لَا يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ . . فَلَهُ مِنَ الْكَسْبِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَلِلْوَرِثَةِ بِقَدْرِ مَا رَقَّ

منه ، ولا تردأُ التركة هاهنا بالكسب ؛ لأنه حَدَثَ في مِلْكِهِمْ . ولا دور في شيءٍ مِنْ هذه المسائل .

وإنْ أعتقَ عبداً في مرضٍ موتهِ فأكتسبَ العبدُ مالاً بعدَ العتقِ وقَبْلَ موتِ سيِّده ، فإنْ خرجَ العبدُ مِنَ الثُّلثِ . . كَانَ جميعُ الكسبِ للعبدِ . وإنْ لَمْ يخرجَ مِنَ الثُّلثِ . . دَخَلَهُ الدَّورُ ؛ لأنَّ الكسبَ يَنْقَسِطُ على ما فيه مِنَ الحُرِّيَّةِ والرقِّ ، فما قَابَلَ ما فيه مِنَ الحُرِّيَّةِ . . كَانَ للعبدِ بغيرِ وصِيَّةٍ . وما قَابَلَ ما فيه مِنَ الرِّقِّ . . فهو للسيِّدِ فتزدادُ تركتهُ بذلك . فإذا ازدادتِ التركةُ . . ازدادَ العتقُ ، وإذا ازدادَ العتقُ . . ازدادَ استحقاقُ العبدِ مِنَ الكسبِ فدارتِ المسألةُ .

فإنْ كانتِ قيمةُ العبدِ مئةً وكسبهُ مئةً ولا مالَ للسيِّدِ غيرُ ذلكَ . . فحسابُهُ أَنْ تقولَ :

يعتقُ مِنَ العبدِ شيءٌ ، وَلَهُ مِنْ كسبهِ شيءٌ مِنْ غيرِ وصِيَّةٍ فيبقى في يدِ الورثةِ مِثْلانِ إِلَّا شيئينِ تعدلُ مِثْلِي ما عَتَقَ منه - وهو شيان - فإذا جَبُرَتِ المِثْلَتَيْنِ بالشَّيْئَيْنِ الناقصينِ وزدتهما على الشَّيْئَيْنِ المعادلينِ . . صارَ مَعَ الورثةِ مِثْلانِ يعدلانِ أربعةَ أشياءَ ، فإذا قَسَمَتِ المِثْلَتَيْنِ على أربعةَ أشياءَ . . أصابَ كُلَّ شيءٍ خمسونَ ، فيُعلمُ أَنَّ الشيءَ المطلوبَ خمسونَ - وهو نصفُ العبدِ - فيُعْتَقُ منه نصفُهُ ويتبعُهُ شيءٌ - وهو نصفُ كسبهِ - فيبقى مَعَ الورثةِ مِنَ العبدِ شيءٌ - وهو خمسونَ - وَمِنْ كسبهِ شيءٌ - وهو خمسونَ - فذلكَ مئةً ، وهو مِثْلانِ ما عَتَقَ منه .

وإنما قلتُ : يتبعُهُ شيءٌ ؛ لأنَّ الكسبَ مِثْلُ قيمتهِ ، وَلَوْ كسبَ مِثْلِي قيمتهِ . . لَقُلْتُ : يتبعُهُ شيان ، وإنْ كسبَ ثلاثةَ أمثالِ قيمتهِ . . لَقُلْتُ : يتبعُهُ ثلاثةُ أشياءَ . وإنْ كسبَ مِثْلِي^(١) نصفِ قيمتهِ . . لَقُلْتُ : يتبعُهُ مِنْ كسبهِ نصفُ شيءٍ .

وإنْ تركَ السيِّدُ مئةً ، وكسبَ العبدُ مئةً ، وقيمةُ العبدِ مئةً . . فحسابُهُ أَنْ يقولَ : يَعْتَقُ مِنَ العبدِ شيءٌ ، وَلَهُ مِنْ كسبهِ شيءٌ بغيرِ وصِيَّةٍ ، فيبقى في يدِ الورثةِ ثلاثُ مئةٍ إِلَّا شيئينِ تعدلُ شيئينِ ، فإذا جُبُرَتِ . . عَدَلَتِ الثلاثُ مئةً أربعةَ أشياءَ ، الشيءُ خمسةُ وسبعونَ - وهو ثلاثةُ أرباعِ العبدِ - فيعتقُ ذلكَ منه ، وَلَهُ مِنْ كسبهِ مِثْلُ ذلكَ ، فيبقى في

يد الورثة المئة التي تركها مورثهم ، ومن العبد ما قيمته خمسة وعشرون ومن كسبه خمسة وعشرون ، فذلك مئة وخمسون ، وهو^(١) مثلاً ما عتق من العبد .

وإن كسب العبد مئة ، وقيمته مئة ، وعلى السيد دين مئة دينار ولا مال له غير ذلك . . فحسابه أن نقول :

يغتق من العبد شيء ، وله من كسبه شيء بغير وصية ، فبقي في يد الورثة مئتان إلا شيئين ، يخرج من ذلك مئة للدين ، يبقى مئة إلا شيئين تعدل شيئين ، فإذا جبرت . . عدلت المئة أربعة أشياء ، الشيء خمسة وعشرون ، فيعتق قدر ذلك من العبد - وهو ربعة - وله ربع كسبه ، فبقي في يد الورثة خمسون ، وهو مثلاً ما عتق من العبد .

ولو استقرض السيد في حياته المئة التي كسبها العبد وأتلفها ، ومات ، ولا مال له غير العبد . . قيل للعبد : إن أبرأت مما تستحقه من الكسب . . عتق ثلثك ورق ثلثاك ، وإن طالبت بما تستحقه من الكسب . . فحسابه أن يقال :

يغتق من العبد شيء ، وله من كسبه شيء بغير وصية دين على السيد ، فبقي في يد الورثة مئة إلا شيئين تعدل شيئين ، فإذا جبرت . . عدلت المئة أربعة أشياء ، الشيء ربع العبد ، فيعتق ربعة - وقيمته خمسة وعشرون - ويرق ثلاثة أرباعه - وقيمته خمسة وسبعون - ويقال للورثة : إن اخترتم أن تعطوا العبد من خاص أموالكم خمسة وعشرين - وهو ما يستحقه من كسبه - ملكتم ثلاثة أرباعه . وإن اخترتم بيعه . . بعتم ربعة بدينه ، وملكتم بالإرث نصفه ، وهو مثلاً ما عتق منه .

فإن اختار العبد أن يأخذ ربع رقبته بدينه . . قال ابن اللبان : كان أحق به من الأجنبي . فإذا أخذه . . عتق نصفه .

وإن كان بدل الكسب في هذه المسائل مالاً وهب للعبد ، أو أوش جناية عليه ، أو كانت جارية فوطئها رجل بشبهة ، أو حبلى بعد أن اعتقت وولدت ، أو داراً فاستغلّت . . فحكمه حكم الكسب على ما ذكرناه .

(١) في (م) : (ذلك) .

فرع : [أعتق في مرض موته عبداً فزادت قيمته قبل موته] :

وإن أعتق في مرض موته عبداً قيمته مئة ، أو وهبه لغيره وأقبضه ، فزادت قيمة العبد قبل موت سيده ، فبلغت ست مئة ، ومات السيد ولا مال له غير العبد . . فهو كالكسب ، وحسابه أن نقول : يعتق منه شيء ويتبعه بالزيادة خمسة أشياء بغير وصية ، فيبقى في يد الورثة ست مئة إلا ستة أشياء تعدل شيئين ، فإذا جُبرث . . عدلت الست مئة ثمانية أشياء ، فإذا قُسمت الست مئة على ثمانية أشياء . . خص كل شيء خمسة وسبعون درهماً ، وهو قيمة ثلاثة أرباعه يوم عتق ، فيعتق ثلاثة أرباعه ، ولا يحتسب على العبد بزيادة قيمة ثلاثة أرباعه ، ويبقى للورثة رُبْعُهُ ، وقيمته يوم مات سيده مئة وخمسون ، وهو مثلاً قيمة ما عتق من العبد يوم العتق .

ولو لم تزد قيمة العبد ولكن نقصت قيمته بعد ما أعتق وقبل أن يقبضه الورثة فبلغت قيمته خمسين . . فحسابه أن نقول : يعتق منه شيء ويبقى مئة إلا شيئاً حصل ذلك في يد الورثة ، وهو خمسون إلا نصف شيء يعدل شيئين ، فإذا جُبرث . . عدلت الخمسون شيئين ونصف شيء ، فإذا قُسمتها . . كان الشيء عشرين ، فيعتق ذلك منه - وذلك خُمُسُ العبد يوم أعتق - ويبقى للورثة أربعة أخماسه وقيمته يوم قبضه الورثة أربعون ، وذلك مثلاً ما عتق من العبد . وهكذا الحكم في الهبة .

وفيه وجه آخر : أنه لا يحتسب على العبد ولا على الموهوب بما نقص من القيمة في يده ، فيصح العتق والهبة في ثلثه ويرق ثلثاه ؛ لأن المعتق والموهوب له لم يستقر ملكهم على ما قبضوا من وصاياهم . ألا ترى أنهم ممنوعون من التصرف فيه حتى تُقسّم التركة ؟ فكانت أيديهم كيد المودع الحافظ على الميت تركته حتى تُقسّم التركة فلم يضمنوا ، ألا ترى أن التركة لو كانت في يد الورثة وهم ممنوعون من التصرف فيها لحق الغرماء وأهل الوصايا فنقصت في أيديهم ؛ لما احتسب عليهم بما نقص في أيديهم من حقوقهم ؟ فكذاك المعتق والموهوب .

قال ابن اللبان : وظاهر كلام الشافعي بخلاف هذا .

فرعٌ : [وهب في مرض موته وأقبضه فمات العبد] :

فإن وَهَبَ في مرضِ موته لِغيره عبداً قِيمَتُهُ مِثْلُهُ ، وَأَقْبَضَهُ المُوْهوبُ لَهُ ، فَمَاتَ الْعَبْدُ فِي يَدِ المُوْهوبِ لَهُ ، ثُمَّ مَاتَ الوَاهِبُ وَلَا مَالٌ لَهُ غَيْرُ الْعَبْدِ . . ففِيهِ وَجْهَانِ :
أَحَدُهُمَا : أَنَّ الْهَبَةَ صَحِيحَةٌ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَمْ يَبْقَ ، فَتَقَعَ فِيهِ المَوَارِيثُ وَلَا تَرَكَةَ هُنَاكَ فَيَدْخُلُ الْعَبْدُ فِي التَّرَكَةِ لِيَجْرِيَ فِيهَا مَا تُوجِبُهُ الوَصِيَّةُ .
وَالثَّانِي : أَنَّ الْهَبَةَ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّ هَبَتَهُ فِي مَرَضِ موتهِ وَصِيَّةٌ وَلَا تَصَحُّ حَتَّى يَبْقَى لِلوَرَثَةِ مِثْلَاهُ .

فعلى هذا : لَا يَلْزُمُ المُوْهوبُ لَهُ ضَمَانُ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ الْفَاسِدَ يَجْرِي مَجْرَى الصَّحِيحِ ، فِي الضَّمَانِ .

فإن كَسَبَ الْعَبْدُ فِي يَدِ المُوْهوبِ لَهُ أَلْفًا ، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ ، ثُمَّ مَاتَ سَيِّدُهُ . . صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ مِنْهُ ، وَلِلْمُوْهوبِ لَهُ مِنْ كَسْبِهِ عَشْرَةُ أَشْيَاءَ ، فَبَقِيَ فِي يَدِ الوَرَثَةِ أَلْفٌ إِلَّا عَشْرَةَ أَشْيَاءَ ، تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ أَثْنِي عَشَرَ شَيْئًا ، فَإِذَا قُسِّمَتِ الْأَلْفُ عَلَى أَثْنِي عَشَرَ شَيْئًا . أَصَابَ الشَّيْءَ ثَلَاثَةٌ وَثَمَانُونَ وَثُلُثُ دَرَاهِمٍ ، وَذَلِكَ خَمْسَةُ أَسْدَاسِ الْعَبْدِ ، وَهُوَ الَّذِي صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ . فَلِلْمُوْهوبِ لَهُ خَمْسَةُ أَسْدَاسِ الْأَلْفِ بِغَيْرِ وَصِيَّةٍ ، وَلِلوَرَثَةِ الوَاهِبِ سُدُسُ الْأَلْفِ وَهُوَ مِثْلًا مَا صَحَّتْ فِيهِ الْهَبَةُ وَلَا يُحْتَسَبُ ذَلِكَ عَلَى الوَرَثَةِ بِمَا تَلَفَ مِنَ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ فِي أَيْدِيهِمْ . وَلَا يَضْمَنُ المُوْهوبُ لَهُ حِصَّةَ الوَرَثَةِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ يَدُ أَمَانَةٍ .

فرعٌ : [أعتق عبداً في مرض موته فمات] :

فإن أَعْتَقَ في مرضِ موته عبداً قِيمَتُهُ مِثْلُهُ ، فَمَاتَ الْعَبْدُ ، ثُمَّ مَاتَ السَيِّدُ وَلَا مَالٌ لَهُ . . ففِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ الْعَبْدَ مَاتَ رَقِيقًا ؛ لِأَنَّ عَتَقَهُ فِي مَرَضِ المَوْتِ وَصِيَّةٌ ، وَلَمْ يَبْقَ لِلوَرَثَةِ مِثْلًا قِيمَتِهِ .

والثاني : أَنَّهُ مَاتَ حُرّاً ؛ لِأَنَّ عَتَقَ الْمَرِيضِ لَمْ يَمْنَعْ وَرَثَتُهُ مِنْ إِرْثِهِ ^(١) ، فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يُتْلَفْ عَلَيْهِمْ شَيْئاً ، فَصَارَ كَعَتَقِ الصَّحِيحِ .

فَإِنْ كَسَبَ الْعَبْدُ مَالاً بَعْدَ عَتَقِهِ وَقَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، وَمَاتَ الْعَبْدُ وَخَلَفَهُ ، ثُمَّ مَاتَ سَيِّدُهُ . . قَالَ أَبُو اللَّبَّانِ : تَغَيَّرَ هَذَا الْمَعْنَى ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُدْخَلَ عَلَى وَرَثَتِهِ مَا يَمْنَعُهُمْ مِمَّا يَلْحَقُ بِحُكْمِ هَذَا الْعَبْدِ مِنْ كَسْبِهِ ، وَلَا يَتَهَيَّأُ لَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا مَالَ حُرٍّ إِلَّا مِنْ جِهَةِ الْمِيرَاثِ .

فَإِنْ تَرَكَ الْعَبْدُ مَتْنِي دَرَاهِمٍ فَمَا زَادَ وَلَا وَارَثَ لَهُ إِلَّا مَوْلَاهُ . . مَاتَ الْعَبْدُ حُرّاً ، وَوَرَثَهُ السَّيِّدُ بِالْوَلَاءِ ، وَحَصَلَ لَوَرَثَةِ السَّيِّدِ .

وَإِنْ تَرَكَ الْعَبْدُ مِئَةَ دَرَاهِمٍ . . مَاتَ الْعَبْدُ وَنَصَفُهُ حُرٌّ وَنَصَفُهُ رَقِيقٌ ، وَوَرِثَ السَّيِّدُ نِصْفَ الْمِئَةِ ، وَنَصَفَهَا فِي حَقِّ الْمَلِكِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الثَّانِي : مَاتَ حُرّاً كُلُّهُ ، وَنَصَفُهُ بِالْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ مَعَ وَرَثَةِ السَّيِّدِ مِثْلِيهِ ، وَنَصَفُهُ بغيرِ وَصِيَّةٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الْمِيرَاثُ .

وَإِنْ تَرَكَ الْعَبْدُ مَتْنِي دَرَاهِمٍ وَبِتَنَاءِ وَارَثَتِهِ وَمَوْلَاهُ . . فَإِنْ قُلْنَا بِالْقَوْلِ الْجَدِيدِ ، وَأَنَّ مَنْ مَاتَ وَبَعْضُهُ حُرٌّ وَبَعْضُهُ مَمْلُوكٌ وَرِثَ عَنْهُ وَرَثَتُهُ مَا مَلَكَهُ بَعْضُهُ الْحُرُّ . . دَخَلَهَا الدَّوْرُ ، فَنَقُولُ : عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْئَانِ ، تَرِثُ الْبَنْتُ شَيْئاً ، وَيَرِثُ الْمَوْلَى شَيْئاً بِحَقِّ الْوَلَاءِ ، وَيَبْقَى كَسْبُهُ لِلْمَوْلَى بِحَقِّ الْمَلِكِ ، فَيَبْقَى فِي يَدِ الْمَوْلَى مِثْلَانِ إِلَّا شَيْئاً ^(٢) ، تَعْدَلُ شَيْئَيْنِ إِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ الْمِثْلَانِ ثَلَاثَةَ أَشْيَاءَ ، الشَّيْءُ ثَلَاثُ الْمِئَةِ ، فَيَعْتَقُ ثَلَاثُ الْعَبْدِ ، فَيَكُونُ لَهُ ثَلَاثُ كَسْبِهِ وَهُوَ مِئَةٌ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثَلَاثُ ، فَتَرِثُ الْبَنْتُ نِصْفَ ذَلِكَ ، وَيَرِثُ الْمَوْلَى نِصْفَ ذَلِكَ بِحَقِّ الْوَلَاءِ ، وَيَأْخُذُ بَاقِي كَسْبِهِ بِحَقِّ الْمَلِكِ فَيَكُونُ لِلْمَوْلَى مِئَةٌ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثَلَاثُ ، وَهُوَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ .

وَإِنْ قُلْنَا بِالْقَوْلِ الْقَدِيمِ ، وَأَنَّ وَارَثَتُهُ لَا يَرِثُ عَنْهُ مَا مَلَكَهُ بَعْضُهُ الْحُرُّ ، وَقُلْنَا : يَكُونُ لِسَيِّدِهِ . . مَاتَ الْعَبْدُ حُرّاً كُلُّهُ ، وَجَمِيعُ كَسْبِهِ لِمَوْلَاهُ ، وَلَا تَرِثُهُ الْبَنْتُ ؛ لِأَنَّ فِي

(١) فِي (م) : (مِيرَاثِهِ) .

(٢) فِي (م) : (شَيْئَيْنِ) .

تَوْرِيثُهَا مَا يَنْقُصُ تَرَكَةَ السَّيِّدِ فَلَا يَخْرُجُ الْعَبْدُ مِنْ ثُلُثِهِ ، فَيُؤَدِّي إِلَى رَقٍّ بَعْضِهِ ، وَإِذَا رُقِّيَ بَعْضُهُ . . لَمْ تَرْتُهُ الْبَنْتُ ، فَكَانَ تَوْرِيثُهَا يُؤَدِّي إِلَى أَنْ لَا تَرِثَ ، فَمُنِعَتْ الْإِرْثَ .

وَأِنْ تَرَكَ الْعَبْدُ أَرْبَعَ مِئَةِ دِرْهَمٍ فَصَاعِدًا . . مَاتَ الْعَبْدُ حُرًّا كُلُّهُ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ وَوَرِثَتِ الْبَنْتُ مِثَّتَيْنِ وَالسَّيِّدُ مِثَّتَيْنِ .

وَأِنْ تَرَكَ الْعَبْدُ أَبْنًا وَمِثَّتِي دِرْهَمٍ ، وَقُلْنَا بِالْقَوْلِ الْجَدِيدِ . . عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ شَيْءٌ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْئَانِ يَرِثُهُمَا أَبْنُهُ ، وَالْبَاقِي مِنَ الْكَسْبِ لِلسَّيِّدِ ، وَهُوَ مِثَّتَانِ إِلَّا شَيْئَيْنِ تَعْدُلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، الشَّيْءُ خَمْسُونَ - وَهُوَ نِصْفُ قِيَمَةِ الْعَبْدِ - فَيَعْتَقُ نِصْفُهُ ، فَيَكُونُ لَهُ نِصْفُ كَسْبِهِ ، وَهُوَ مِئَةُ يَرِثُهَا أَبْنُهُ ، وَيَكُونُ لِسَيِّدِهِ نِصْفُ كَسْبِهِ ، وَهُوَ مِئَةٌ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ .

وَأِنْ قُلْنَا بِالْقَدِيمِ . . مَاتَ الْعَبْدُ حُرًّا كُلُّهُ ، وَكَانَ الْكَسْبُ كُلُّهُ لِلسَّيِّدِ ، وَلَا يَرِثُ الْإِبْنُ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ تَوْرِيثَهُ يُؤَدِّي إِلَى أَنْ لَا يَرِثَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

فَإِنْ مَاتَ ابْنُ الْعَبْدِ بَعْدَ الْعَبْدِ ، ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ وَلَا وَارِثَ لِلابْنِ غَيْرُ مَوْلَى أَبِيهِ . . عَتَقَ جَمِيعُ الْعَبْدِ ، وَوَرِثَ أَبْنُهُ جَمِيعَ الْمِثَّتَيْنِ ، ثُمَّ وَرِثَ السَّيِّدُ ابْنَ الْعَبْدِ ، فَيَحْصُلُ لِوَرِثَتِهِ مِثْلًا قِيَمَةِ الْعَبْدِ . فَلَوْ لَمْ يُخْلَفِ الْعَبْدُ شَيْئًا وَلَكِنْ خَلَّفَ ابْنُ الْعَبْدِ مِثَّتِي دِرْهَمٍ ، وَتَرَكَ مَوْلَى أَبِيهِ وَمَوْلَى أُمِّهِ . . مَاتَ الْأَبُ حُرًّا ، وَوَرِثَ مَوْلَى الْعَبْدِ الْإِبْنُ ، فَيَحْصُلُ مَعَ وَرِثَتِهِ مِثْلًا قِيَمَةِ الْعَبْدِ .

وَأِنْ تَرَكَ ابْنُ الْعَبْدِ أَقْلًا مِنْ مِثْلِي قِيَمَةِ أَبِيهِ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْعَبْدَ مَاتَ رَقِيقًا . . لَمْ يَرِثَ مَوْلَى الْعَبْدِ مِنْ ابْنِ الْعَبْدِ شَيْئًا . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ مَاتَ حُرًّا . . وَرِثَهُ .

قَالَ ابْنُ اللَّبَّانِ : فَإِنْ لَمْ يَمُتِ الْعَبْدُ وَلَكِنْ مَاتَ أَبْنُهُ وَخَلَّفَ أَلْفَ دِرْهَمٍ ، ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ . . عَتَقَ الْعَبْدُ ، وَلَمْ يَرِثَ مِنْ أَبْنِهِ شَيْئًا ، وَوَرِثَهُ السَّيِّدُ بِالْوَلَاءِ .

فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا وَرِثَ الْعَبْدُ أَبْنُهُ وَقَدْ تَمَّ عَتَقُهُ ؟

قِيلَ : لَوْ وَرِثَهُ لَمَا خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ فَيَرُقُّ بَعْضُهُ فَلَا يَرِثُ ، فَكَانَ تَوْرِيثُهُ يُؤَدِّي إِلَى قَطْعِهِ فَلَمْ يَرِثَ ، فَكَانَ السَّيِّدُ أَحَقَّ بِمِيرَاثِهِ .

فَإِنْ تَرَكَ ابْنُ الْعَبْدِ مِثْلَهُ . . . عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ شَيْءٌ وَجَرٌّ^(١) مِنْ وَلَاءٍ وَلَدِهِ بِقَدَرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، فَوَرِثَ السَّيِّدُ مِنَ الْمِثْلِ الَّتِي تَرَكَهَا الْإِبْنُ شَيْئاً ، فَيَحْصُلُ ذَلِكَ مَعَ بَاقِي الْعَبْدِ لِوَرِثَةِ السَّيِّدِ ، وَذَلِكَ مِثْلُهُ تَعْدُلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ خُمُسُونَ - وَهُوَ نِصْفُ الْعَبْدِ - فَيَعْتَقُ نِصْفُ الْعَبْدِ فَيَجُزُّ إِلَى سَيِّدِهِ نِصْفُ وَلَاءٍ وَلَدِهِ ، فَيَرِثُ نِصْفَ الْمِثْلِ الَّتِي تَرَكَهَا الْإِبْنُ مَعَ نِصْفِ الْعَبْدِ ، وَذَلِكَ مِثْلُهُ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ .

وَإِنْ تَرَكَ ابْنُ الْعَبْدِ خَمْسِينَ . . . قُلْتُ : يَعْتَقُ مِنَ الْعَبْدِ شَيْءٌ ، وَوَرِثَ السَّيِّدُ مِمَّا تَرَكَ ابْنُ الْعَبْدِ نِصْفَ شَيْءٍ ، فَبَقِيَ فِي يَدِهِ مِثْلُهُ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ تَعْدُلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . . عَدَلَتْ شَيْئَيْنِ ، وَنِصْفًا ، الشَّيْءُ خُمُسَا الْمِثْلِ ، فَيَعْتَقُ خُمُسَا الْعَبْدِ وَبَقِيَ ثَمَانُونَ ، فَيَرِثُ السَّيِّدُ خُمُسِي الْخَمْسِينَ ، وَهُوَ عَشْرُونَ مَعَ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَبْدِ - فَذَلِكَ ثَمَانُونَ - وَهُوَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ .

فِرْعُ : [أَعْتَقَ جَارِيَةً فَوَطَّئَهَا قَبْلَ مَوْتِهِ] :

وَإِنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ جَارِيَةً لَهُ قِيمَتُهَا مِثْلُهُ ، فَوَطَّئَهَا قَبْلَ مَوْتِهِ ، وَمَهْرٌ مِثْلُهَا خَمْسُونَ ، وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا ، ثُمَّ مَاتَ . . . فَحَسَابُهُ أَنْ يُقَالَ :

يَعْتَقُ مِنْهَا شَيْءٌ بِوَصِيَّةٍ ، وَلَهَا عَلَى سَيِّدِهَا نِصْفُ شَيْءٍ بِغَيْرِ وَصِيَّةٍ ، فَبَقِيَ فِي يَدِهِ جَارِيَةٌ قِيمَتُهَا مِثْلُهُ إِلَّا شَيْئاً وَنِصْفَ شَيْءٍ تَعْدُلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . . عَدَلَتْ ثَلَاثَةَ أَشْيَاءَ ، وَنِصْفًا الشَّيْءِ سُبْعَاها ، فَيَعْتَقُ سُبْعَا الْجَارِيَةِ ، وَتَسْتَحِقُّ الْجَارِيَةُ سُبْعِي مَهْرِهَا ، وَذَلِكَ قَدْرُ سُبْعِ رَقَبَتِهَا ، فَتَبَاعُ بِمَهْرِهَا ، فَيَبْقَى فِي يَدِ الْوَرِثَةِ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعِهَا ، وَهُوَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنْهَا . فَإِنْ حَبَلَتْ مِنْ هَذَا الْوَطْءِ وَلَدَتْ . . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : تَعْتَقُ مِنْ جِهَةِ أَنَّهَا أُمٌ وَلَدِ لَا مِنْ جِهَةِ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَا ثُلْثَ لَهُ .

وَالثَّانِي : تَعْتَقُ مِنْ حِينَ أَعْتَقَهَا سَيِّدُهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَبْقَ عَلَى مِلْكِ الْمَيِّتِ فَتَجْرِي فِي الْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ ، فَصَارَ عَتَقُ الْمَيِّتِ مَانِعاً لِلْوَرِثَةِ مِنْ أَنْ يَرِثُوهَا ، فَيَكُونُ كَعَتَقِ الصَّحِيحِ ، وَيَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ فِي ذِمَّةِ السَّيِّدِ .

قَالَ ابْنُ اللَّبَّانِ : وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ بِمَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ .

فَإِنْ تَرَكَ السَّيِّدُ مِثْلَهُ دَرَاهِمٍ . . . عَتَقَ مِنْهَا شَيْءٌ بِالْوَصِيَّةِ يَوْمَ أُعْتِقَتْ ، وَلَهَا نِصْفُ شَيْءٍ بِالمَهْرِ تَأْخُذُهُ مِنَ المِثْلَةِ ، وَيَعْتَقُ بِاقِيهَا بِالْإِحْبَالِ مِنْ رَأْسِ المَالِ ، فَبَقِيَ فِي يَدِ الْوَرِثَةِ مِثْلُهُ دَرَاهِمٍ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ تَعْدُلُ شَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جَبَرَتْهَا . . . عَدَلَتْ شَيْئَيْنِ وَنِصْفًا ، الشَّيْءُ خُمُسُ المِثْلَةِ - وَهُوَ أَرْبَعُونَ - فَيَعْتَقُ مِنْهَا بِالْوَصِيَّةِ خُمُسَهَا ، وَلَهَا خُمُسُ مَهْرِهَا - وَهُوَ عَشْرُونَ مِنَ المِثْلَةِ - فَيَبْقَى فِي يَدِ الْوَرِثَةِ ثَمَانُونَ ، وَهُوَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنْهَا بِالْوَصِيَّةِ .

مَسْأَلَةٌ : [أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ عَبْدَيْنِ] :

وَلَوْ أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ عَبْدَيْنِ ، قِيَمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِثْلُهُ ، أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ ، فَاکْتَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِثْلَهُ بَعْدَ الْعَتَقِ وَقَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ ، وَمَاتَ السَّيِّدُ وَلَا مَالٌ لَهُ غَيْرُ ذَلِكَ . . . عَتَقَ الْأَوَّلُ بِالْوَصِيَّةِ وَلَهُ جَمِيعُ كَسْبِهِ بغيرِ وَصِيَّةٍ ، وَلِلْوَرِثَةِ الْعَبْدُ الثَّانِي وَكَسْبُهُ وَذَلِكَ مِثْلًا قِيَمَةَ الْأَوَّلِ .

فَإِنْ كَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِثْلَيْنِ . . . عَتَقَ الْأَوَّلُ وَلَهُ كَسْبُهُ ، وَعَتَقَ مِنَ الثَّانِي تَمَامُ الثَّلَاثِ ، فَيَقَالُ : عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْئَانِ ، فَبَقِيَ فِي يَدِ الْوَرِثَةِ ثَلَاثُ مِثْلٍ إِلَّا ثَلَاثَةَ أَشْيَاءَ ، تَعْدُلُ مِثْلَي قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَمِثْلَي مَا عَتَقَ مِنَ الثَّانِي - وَهُوَ مِثْلَانِ وَشَيْئَانِ - فَإِذَا جَبَرَتِ الثَّلَاثُ مِثْلَهُ بِالثَّلَاثَةِ الْأَشْيَاءِ النَاقِصَةِ ، وَزِدَتْهَا عَلَى الشَّيْئَيْنِ الْمَقَابِلَيْنِ لَهَا . . . كَانَتِ الثَّلَاثُ مِثْلَهُ تَعْدُلُ مِثْلَي دَرَاهِمٍ وَخَمْسَةَ أَشْيَاءَ ، فَأَسْقَطَ مِثْلَيْنِ بِإِزَاءِ مِثْلَيْنِ ، فَبَقِيَ مِثْلُهُ تَعْدُلُ خَمْسَةَ أَشْيَاءَ ، الشَّيْءُ خُمُسُ المِثْلَةِ ، فَيَعْتَقُ خُمُسُ الْعَبْدِ الثَّانِي ، وَقِيَمَةُ مَا عَتَقَ مِنْهُ عَشْرُونَ ، فَيَأْخُذُ خُمُسَ كَسْبِهِ - وَهُوَ أَرْبَعُونَ - فَيَبْقَى فِي يَدِ الْوَرِثَةِ مِنْ قِيَمَةِ الثَّانِي ثَمَانُونَ ، وَمِنْ كَسْبِهِ مِثْلُهُ وَسِتُّونَ فَذَلِكَ مِثْلَانِ وَأَرْبَعُونَ وَهُوَ مِثْلًا قِيَمَةَ الْأَوَّلِ وَمِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الثَّانِي .

فَإِنْ كَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثَ مِثْلٍ . . . عَتَقَ الْأَوَّلُ وَلَهُ كَسْبُهُ ، وَعَتَقَ مِنَ الثَّانِي شَيْءٌ وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ ، فَبَقِيَ فِي يَدِ الْوَرِثَةِ الثَّانِي وَكَسْبُهُ ، وَهُوَ أَرْبَعُ مِثْلٍ إِلَّا أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ تَعْدُلُ مِثْلَي قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَمِثْلَي مَا عَتَقَ مِنَ الثَّانِي ، وَذَلِكَ مِثْلَانِ وَشَيْئَانِ .

فَإِذَا جَبَرَتْ الْأَرْبَعُ مِثْلَهُ بِالْأَرْبَعَةِ الْأَشْيَاءِ النَّاكِصَةِ وَزِدَّتْهَا عَلَى الشَّيْئَيْنِ الْمَقَابِلَيْنِ . .
صَارَتْ أَرْبَعٌ مِثْلُهُ تَعْدَلُ سِتَّةَ أَشْيَاءٍ وَمِثْلَيْنِ ، فَاسْقَطْ مِثْلَيْنِ بِإِزَاءِ مِثْلَيْنِ ، فَتَبْقَى مِثْلَانِ
تَعْدَلَانِ سِتَّةَ أَشْيَاءٍ ، فَاشْيَاءُ الْوَاحِدِ سُدْسُ الْمِثْلَيْنِ ، وَذَلِكَ قَدْرُ ثُلْثِ قِيَمَةِ الثَّانِي ،
فَيَعْتَقُ ثُلْثُ الثَّانِي ، وَيَتْبَعُهُ ثُلْثُ كِسْبِهِ - وَهُوَ مِثْلُهُ - فَيَبْقَى مَعَ الْوَرِثَةِ ثُلَاثُ رَقَبَةٍ الثَّانِي وَثُلَاثَا
كِسْبِهِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَمِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الثَّانِي .

وَلَوْ لَمْ يَعْتَقِ أَحَدَهُمَا بَعْدَ الْآخِرِ وَلَكِنْ أَعْتَقَهُمَا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ . . أَفْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ
خَرَجَتْ عَلَيْهِ قِرْعَةُ الْعَتَقِ مِنْهُمَا . . كَانَ كَمَا لَوْ بَدَأَ بَعْتَقَهُ .

فِرْعٌ : [أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ أَعْبُدِي مَرَضَ مَوْتِهِ] :

وَإِنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ ثَلَاثَةَ أَعْبُدٍ لَهُ ، قِيَمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِثْلُهُ ، أَحَدُهُمْ بَعْدَ
الْآخِرِ ، فَاتَّكَسَبَ الْأَوَّلُ بَعْدَ عَتَقِهِ وَقَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ مِثْلَهُ ، وَمَاتَ السَّيِّدُ وَلَا مَالَ لَهُ
غَيْرُهُمْ . . عَتَقَ الْأَوَّلُ وَلَهُ كِسْبُهُ ، وَرَقَّ الْآخِرَانِ وَقِيَمَتُهُمَا مِثْلًا قِيَمَةِ الْأَوَّلِ .

وَإِنْ كَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِثْلَهُ . . عَتَقَ الْأَوَّلُ وَتَبَعَهُ كِسْبُهُ ، وَعَتَقَ مِنَ الثَّانِي شَيْءٌ وَلَهُ
مِنْ كِسْبِهِ شَيْءٌ ، فَبَقِيَ فِي يَدِ الْوَرِثَةِ أَرْبَعُ مِثْلَةٍ إِلَّا شَيْئَيْنِ تَعْدَلُ مِثْلَيْنِ ، وَهُوَ مِثْلًا قِيَمَةِ
الْأَوَّلِ وَشَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ الْأَرْبَعُ مِثْلَهُ مِثْلَيْنِ وَأَرْبَعَةَ أَشْيَاءٍ ، فَاسْقَطْ مِثْلَيْنِ
بِإِزَاءِ مِثْلَيْنِ ، فَيَبْقَى مِثْلَانِ يَعْدَلَانِ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءٍ - الشَّيْءُ خَمْسُونَ - فَيَعْتَقُ نِصْفُ الثَّانِي
وَيَتْبَعُهُ نِصْفُ كِسْبِهِ ، فَيَبْقَى مَعَ الْوَرِثَةِ نِصْفُ الثَّانِي وَنِصْفُ كِسْبِهِ ، وَالثَّلَاثُ وَكِسْبُهُ -
وَذَلِكَ ثَلَاثُ مِثْلَةٍ - وَهُوَ مِثْلًا قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَمِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الثَّانِي .

فَإِنْ كَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثَلَاثَ مِثْلَةٍ . . عَتَقَ الْأَوَّلُ وَالثَّانِي ، وَلَهُمَا كِسْبُهُمَا ، وَكَانَ
لِلْوَرِثَةِ الثَّلَاثُ وَكِسْبُهُ ، وَذَلِكَ مِثْلًا قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي .

وَإِنْ كَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ خَمْسَ مِثْلَةٍ . . عَتَقَ الْأَوَّلُ وَالثَّانِي ، وَلَهُمَا كِسْبُهُمَا ،
وَعَتَقَ مِنَ الثَّلَاثِ شَيْءٌ وَلَهُ مِنْ كِسْبِهِ خَمْسَةُ أَشْيَاءٍ ، فَيَبْقَى فِي يَدِ الْوَرِثَةِ سِتُّ مِثْلَةٍ إِلَّا سِتَّةَ
أَشْيَاءٍ تَعْدَلُ مِثْلِي قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي وَمَا عَتَقَ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَذَلِكَ أَرْبَعُ مِثْلَةٍ وَشَيْئَانِ ، فَإِذَا
جُبِرَتْ . . عَدَلَتْ السُّتُّ مِثْلَهُ أَرْبَعُ مِثْلَةٍ وَثَمَانِيَةَ أَشْيَاءٍ ، فَاسْقَطْ أَرْبَعُ مِثْلَةٍ بِإِزَاءِ أَرْبَعِ مِثْلَةٍ ،

فيبقى مِثْلَانِ تَعْدَلَانِ ثَمَانِيَةَ أَشْيَاءَ ، الشَّيْءُ خَمْسَةُ وَعَشْرُونَ - وَهُوَ رُبْعُ قِيَمَةِ الثَّالِثِ -
فَيَعْتَقُ رُبْعُهُ وَيَتَّبَعُهُ رُبْعُ كَسْبِهِ ، فَيَبْقَى مِنْ^(١) الثَّالِثِ وَمِنْ كَسْبِهِ أَرْبَعُ مِئَةٍ وَخَمْسُونَ ،
وَذَلِكَ مِثْلًا قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي وَمِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الثَّالِثِ .

وَإِنْ أَعْتَقَهُمْ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ وَكَسَبَ أَحَدُهُمْ مِئَةً لَا غَيْرَ . . أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَإِنْ خَرَجَتْ
قِرْعَةُ الْعَتَقِ عَلَى الْمَكْتَسَبِ . . عَتَقَ جَمِيعُهُ وَتَبِعَهُ كَسْبُهُ ، وَرَقَّ الْآخَرَانِ وَقِيَمَتُهُمَا مِثْلًا
قِيَمَةِ الْأَوَّلِ .

وَإِنْ خَرَجَتْ قِرْعَةُ الْعَتَقِ عَلَى أَحَدِ الْآخَرِينَ . . عَتَقَ جَمِيعُهُ وَبَقِيَ مِنَ الثَّلَاثِ شَيْءٌ ،
فَيُقْرَعُ بَيْنَ الْمَكْتَسَبِ وَبَيْنَ الْبَاقِي مِنَ الْعَبْدِينَ الَّذِينَ لَمْ يَكْتَسِبَا ، فَإِنْ خَرَجَتْ قِرْعَةُ الْعَتَقِ
عَلَى الَّذِي لَمْ يَكْتَسِبْ . . عَتَقَ ثُلَاثُهُ وَرَقَّ ثُلَاثُهُ وَالْمَكْتَسَبُ وَكَسْبُهُ ، فَيَبْقَى مَعَ الْوَرِثَةِ مِثْلَانِ
وَسِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلَاثَانِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَمَا عَتَقَ مِنَ الثَّانِي .

وَإِنْ خَرَجَتْ قِرْعَةُ الْعَتَقِ عَلَى الْمَكْتَسَبِ . . عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ ، فَيَبْقَى
فِي يَدِ الْوَرِثَةِ بَاقِي رَقَبَتِهِ وَبَاقِي كَسْبِهِ وَجَمِيعُ الْعَبْدِ الْآخَرِ ، وَذَلِكَ ثَلَاثُ مِئَةٍ إِلَّا شَيْئَيْنِ
تَعْدُلُ مِثْلِي قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَمَا عَتَقَ مِنَ الثَّانِي - وَذَلِكَ مِثْلَانِ وَشَيْئَانِ - فَإِذَا جَبَرَتِ الثَّلَاثُ مِئَةً
بِالشَّيْئَيْنِ النَّاقِصَيْنِ وَزِدَّتَهُمَا عَلَى الشَّيْئَيْنِ الْمَقَابِلَيْنِ لَهَا . . صَارَتِ الثَّلَاثُ مِئَةً تَعْدُلُ مِثْلَيْنِ
وَأَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، فَاسْقِطْ مِثْلَيْنِ بِإِزَاءِ مِثْلَيْنِ ، فَيَبْقَى مِئَةً تَعْدُلُ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، الشَّيْءُ رُبْعُهَا ،
فَيَعْتَقُ رُبْعُ الْعَبْدِ وَيَتَّبَعُهُ رُبْعُ كَسْبِهِ ، فَيَبْقَى مَعَ الْوَرِثَةِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ كَسْبِهِ
وَالْعَبْدُ الْآخَرُ ، وَمَبْلُغُ ذَلِكَ مِثْلَانِ وَخَمْسُونَ ، وَذَلِكَ مِثْلًا قِيَمَةِ الْأَوَّلِ وَمَا عَتَقَ مِنَ
الثَّانِي .

وَإِنْ أَعْتَقَ الثَّلَاثَةَ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَكَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِئَةً . . أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَمَنْ
خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْعَتَقِ . . عَتَقَ جَمِيعُهُ وَتَبِعَهُ كَسْبُهُ ، وَقَدْ بَقِيَ مِنَ الثَّلَاثِ شَيْءٌ فَيُقْرَعُ بَيْنَ
الْآخَرِينَ ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْعَتَقِ . . عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ وَتَبِعَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ ، فَيَبْقَى فِي
يَدِ الْوَرِثَةِ أَرْبَعُ مِئَةٍ إِلَّا شَيْئَيْنِ تَعْدُلُ مِثْلَيْنِ وَشَيْئَيْنِ ، فَإِذَا جَبَرَتْ . . عَدَلَتْ مِثْلَيْنِ وَأَرْبَعَةَ
أَشْيَاءَ ، فَاسْقِطْ مِثْلَيْنِ بِإِزَاءِ مِثْلَيْنِ ، فَيَبْقَى مِثْلَانِ تَعْدُلُ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ - الشَّيْءُ خَمْسُونَ -

فَيَعْتَقُ نِصْفُ الثَّانِي^(١) وَيَتْبَعُهُ^(٢) نِصْفُ كَسْبِهِ ، وَيَبْقَى مَعَ الْوَرِثَةِ نِصْفُهُ وَنِصْفُ كَسْبِهِ وَجَمِيعُ الثَّلَاثِ وَكَسْبُهُ ، وَذَلِكَ ثَلَاثُ مِائَةٍ ، وَهُوَ مِثْلًا قِيَمَةُ الْأَوَّلِ وَمَا عَتَقَ مِنَ الثَّانِي .

وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمْ ثَلَاثَ مِائَةٍ وَكَسْبُهُ ثَلَاثَ مِائَةٍ ، وَقِيَمَةُ آخَرَ مِائَتَيْنِ وَكَسْبُهُ مِائَتَيْنِ ، وَقِيَمَةُ الثَّلَاثِ مِائَةٌ وَكَسْبُهُ مِائَةٌ ، وَأَعْتَقَهُمْ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ وَمَاتَ ، وَلَا مَالٌ لِلسَّيِّدِ غَيْرُ ذَلِكَ . . أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ .

فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى مَنْ قِيَمَتُهُ ثَلَاثُ مِائَةٍ . . عَتَقَ جَمِيعُهُ وَلَهُ^(٣) كَسْبُهُ ، وَكَانَ لِلْوَرِثَةِ الْآخَرَانِ وَكَسْبُهُمَا ، وَمَبْلَغُ ذَلِكَ سِتُّ مِائَةٍ ، وَهُوَ مِثْلًا قِيَمَةُ الْمَعْتَقِ .

وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى مَنْ قِيَمَتُهُ مِائَتَانِ . . عَتَقَ جَمِيعُهُ وَتَبَعَهُ كَسْبُهُ وَبَقِيَ مِنَ الثَّلَاثِ بَعْضُهُ ، فَتُعَادُ الْقَرَعَةُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى مَنْ قِيَمَتُهُ مِائَةٌ . . عَتَقَ جَمِيعُهُ وَتَبَعَهُ كَسْبُهُ ، وَبَقِيَ لِلْوَرِثَةِ الَّذِي قِيَمَتُهُ ثَلَاثُ مِائَةٍ وَكَسْبُهُ ، وَذَلِكَ مِثْلًا قِيَمَةُ الْعَبْدَيْنِ الْمَعْتَقَيْنِ . وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى مَنْ قِيَمَتُهُ ثَلَاثُ مِائَةٍ . . عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ وَتَبَعَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ ، فَيَبْقَى فِي يَدِ الْوَرِثَةِ ثَمَانُ مِائَةٍ إِلَّا شَيْئَيْنِ تَعْدُلُ أَرْبَعَ مِائَةٍ وَشَيْئَيْنِ ، فَأَجْبُرُ الثَّمَانِيَّ مِائَةً بِالشَّيْئَيْنِ النَّاqَصَيْنِ وَزِدْهُمَا عَلَى الشَّيْئَيْنِ الْمَقَابِلَيْنِ لِهَمَا^(٤) مَعَ أَرْبَعِ مِائَةٍ ، فَتَكُونُ ثَمَانِيَّ مِائَةٍ تَعْدُلُ أَرْبَعَ مِائَةٍ وَأَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، فَتَسْقُطُ أَرْبَعُ مِائَةٍ بِإِزَاءِ أَرْبَعِ مِائَةٍ ، فَيَبْقَى أَرْبَعُ مِائَةٍ تَعْدُلُ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، فَالشَّيْءُ مِائَةٌ ، وَهُوَ ثُلُثُ الْعَبْدِ الْمَقْوَمِ بِثَلَاثِ مِائَةٍ ، فَيَعْتَقُ ثُلُثُهُ وَيَتْبَعُهُ ثُلُثُ كَسْبِهِ ، وَيَبْقَى مَعَ الْوَرِثَةِ ثُلَاثُ مِائَةٍ وَثُلَاثَا كَسْبِهِ وَالْمَقْوَمُ بِمِائَةٍ وَكَسْبُهُ ، وَذَلِكَ سِتُّ مِائَةٍ ، وَهُوَ مِثْلًا قِيَمَةُ الْأَوَّلِ وَمَا عَتَقَ مِنَ الثَّانِي .

وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ أَوَّلًا عَلَى الْمَقْوَمِ بِمِائَةٍ . . عَتَقَ كُلَّهُ وَتَبَعَهُ كَسْبُهُ ، وَبَقِيَ بَعْضُ الثَّلَاثِ ، فَتُعَادُ الْقَرَعَةُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى الْمَقْوَمِ بِمِائَتَيْنِ . . عَتَقَ جَمِيعُهُ وَتَبَعَهُ كَسْبُهُ ، وَرَقَّ الثَّلَاثُ وَقِيَمَتُهُ ثَلَاثُ مِائَةٍ وَكَسْبُهُ ثَلَاثُ مِائَةٍ ، وَذَلِكَ مِثْلًا قِيَمَةُ الْعَبْدَيْنِ الْمَعْتَقَيْنِ .

(١) فِي (م) : (الْبَاقِي) .

(٢) فِي نَسْخَةٍ : (وَلَهُ) وَكَذَا فِي مَوَاضِعَ آتِيَةٍ .

(٣) فِي نَسْخَةٍ : (وَأَخَذَ) .

(٤) فِي نَسْخَتَيْنِ : (الْمَعَادِلَيْنِ لَهَا) .

وإن خرج سهم العتق على المقوم بثلاث مئة . . عتق منه شيء وتبعه من كسبه شيء ، فيبقى في يد الورثة ألف إلا شيئين تعدل مئتين وشيئين ، فإذا جبرت . . عدلت مئتين وأربعة أشياء ، فأسقط مئتين بإزاء مئتين ، فيبقى ثمان مئة تعدل أربعة أشياء - الشيء مئتان - وذلك ثلثا العبد المقوم بثلاث مئة ، فيعتق ثلثاه ويتبعه ثلثا كسبه ، فيبقى مع الورثة ثلثه وثلث كسبه وجميع العبد المقوم بمئتين وجميع كسبه ، وذلك كله ست مئة ، وهو مثلا قيمة الأول وما عتق من الثاني .

والله أعلم وبالله التوفيق

* * *

بابُ القرعة^(١)

إذا أعتق عبيداً له في مرضٍ موته في حالةٍ واحدةٍ ، ومات ولم يحتملهم الثلث ، ولم يُجزِ الورثة . . أفرع بينهم . وبه قال مالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة : (يَعتَقُ مِنْ كُلِّ واحدٍ منهم ثلثه ويُستسعى في قيمة باقيه) .

دليلنا : ما روى عمران بن الحصين : (أَنَّ رجلاً أعتق في مرضٍ موته ستةً أعبداً^(٢) ولا مالَ له غيرهم ، فأفرع النبي ﷺ بينهم ، فأعتق اثنين منهم ، وأرق أربعة) .

إذا ثبتَ هذا : فإن كان القصدُ عتقَ الثلث . . ففيه ستُّ مسائل :

الأولى : أن يكونَ لهم ثلثٌ صحيحٌ وتكونَ قيمتهم متساويةً ، بأن كانوا ثلاثة أعبداً قيمة كل واحدٍ منهم مئةً ، أو ستة أعبداً قيمة كل واحدٍ مئةً ، فإن كانوا ستةً . . جعل كل اثنين جزءاً ، ثم يؤخذ ثلاث رِقاعٍ متساوية فيكتبُ في كل رُقعة ما يريدُ ، وتتركُ في ثلاثٍ بندق^(٣) مِنْ طينٍ أو شمعٍ متساوية الصفة والوزن ، وتجففُ وتغطى بثوبٍ ، ويُقالُ لرجلٍ لم يحضرِ الكتابةَ والبندقةَ : أخرج بُندقةً ، فيعملُ بما فيها .

ثم هو بالخيار : بين أن يكتبَ الأسماءَ وبين أن يكتبَ الحرِّيَّةَ والرقَّ ، فإن اختارَ أن يكتبَ الأسماءَ . . كتبَ في كل رُقعةٍ اسمَ اثنين .

ثم إن شاء أخرجَ على الرقَّ ، وإن شاء أخرجَ على الحرِّيَّةَ . فإن أخرجَ على الرقَّ . . أخرجَ رُقعةً ، ويقولُ : مَنْ فيها رقيقٌ ، فيفتحُ وينظرُ مَنْ فيها ، فيرقُّ ، ثم يُخرجُ رُقعةً

(١) القرعة : مأخوذة من فرغته : إذا كففته ، كأنه كفَّ الخصومَ بذلك ، ومنه سميت المقرعة ؛ لأنه يكفُّ بها الدابة .

(٢) في نسختين : (مملوكين له) .

(٣) البنادق - جمعٌ ، والواحدة بُندقةٌ - : وهي كرة صغيرة يرمى بها ، بحجم حبة البندق من المكسرات .

أخرى فيقول : مَنْ فيها رقيقٌ ، فينظرُ مَنْ فيها ، فيرقُّ ، وتتعينُ الحرِّيَّةُ^(١) لِمَنْ في الثالثة ولا يحتاجُ إلى إخراجِها ؛ لأنَّه لا فائدةَ في إخراجِها .

وإن شاء أخرجَ أولاً على الحرِّيَّةِ ، فيخرجُ رُقعةً فيقول : مَنْ فيها حرٌّ ، فينظرُ مَنْ فيها ، فيعتقُ ، ويرقُّ مَنْ في الرُّقعتين الباقيتين ، ولا يحتاجُ إلى إخراجِها . والإخراجُ على الحرِّيَّةِ أولى ؛ لأنَّه أقرب .

وإن اختارَ كَتَبَ الحرِّيَّةَ والرقُّ . . كتبَ في رُقعةٍ حرٌّ وفي رُفعتين رِقٌّ ، ثمَّ يُخرجُ الرجلُ رُقعةً ويضعُها على جزءٍ مِنَ الثلاثة الأجزاء ، وينظرُ ما فيها ، فإنَّ كانَ فيها الحرِّيَّةُ . . عتقَ ذلكَ الجزءَ ورقَّ الجزءَ الآخرانِ ، ولا يحتاجُ إلى إخراجِ الرُّقعتين الباقيتين ؛ لأنَّه لا فائدةَ في ذلك .

وإن خرجَ في الرُقعة الأولى الرقُّ . . حكمَ برقُّ ذلكَ الجزءَ الذي خَرَجَتْ عليه ، ثمَّ يُخرجُ رُقعةً ثانيةً على جزءٍ ثانٍ ، فإنَّ خرجَ فيها رِقٌّ . . حكمَ برقُّ ذلكَ الجزءَ وتعينَ العتقُ للجزءِ الثالثِ . وإنَّ خرجَ في الثانية الحرِّيَّةُ . . عتقَ الجزءَ الثاني ورقَّ الثالثُ ، ولا يفتقرُ إلى إخراجِ الرُقعة الثالثة .

المسألة الثانية : أن يكونَ لِعَدَدِهِم ثلثٌ صحيحٌ وقيمتُهُم مختلفةٌ إلاَّ أنَّه يمكنُ تعديلُ قيمَتِهِم ، مثلُ : أن يكونوا ستَّةَ قيمةً أثنينِ ألفانِ ، وقيمةً اثنينِ أربعةَ آلافٍ ، وقيمةً اثنينِ ستَّةَ آلافٍ ، فيجعلُ العبدانِ اللذانِ قيمَتُهُما أربعةَ آلافٍ جزءاً ، ويجعلُ أحدَ العبدَينِ المقومَينِ بألفينِ معَ أحدِ العبدَينِ المقومَينِ بستَّةَ آلافٍ جزءاً ، وكذلك يفعلُ بالآخرَينِ ، فيصيرونَ ثلاثةَ أجزاءٍ كلُّ جزءٍ قيمَتُهُ أربعةَ آلافٍ ، ثمَّ يُقرَعُ بينهم ، على ما ذكرناه في التي قبلها .

المسألة الثالثة : أن يكونَ لِعَدَدِهِم ثلثٌ صحيحٌ ، وقيمتُهُم مختلفةٌ ، ولا يمكنُ تعديلُهُم بالعددِ والقيمةِ ، فإنَّ عُدُّوا بالعددِ . . اختلفتْ قيمَتُهُم . وإنَّ عُدُّوا بالقيمةِ . . اختلفَ عَدْدُهُم ، وإنَّما يُمكنُ بأحدهما . فإنَّ كانوا ستَّةَ ، قيمةً واحدٍ ألفٌ ، وقيمةً اثنينِ ألفٌ ، وقيمةً ثلاثةَ ألفٌ . . ففيهِ وجهانِ :

(١) في (م) : (حرٌّ وتعين العتق) .

أحدهما - وهو المنصوص - : (أَنَّهُمْ يُعَدَّلُونَ بِالْقِيَمَةِ ، فَيُجْعَلُ الْعَبْدُ الَّذِي قِيَمَتُهُ أَلْفٌ جُزْءاً ، وَالْعَبْدَانِ اللَّذَانِ قِيَمَتُهُمَا أَلْفٌ جُزْءاً ، وَالثَّلَاثَةُ الَّذِينَ قِيَمَتُهُمْ أَلْفٌ جُزْءاً ، ثُمَّ يُقَرَّعُ بَيْنَهُمْ عَلَى مَا تَقَدَّمَ) .

و[الثاني]: مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : يُعَدَّلُونَ بِالْعَدَدِ ، فَيُجْعَلُ كُلُّ اثْنَيْنِ جُزْءاً ، فَيُجْعَلُ الْعَبْدَانِ الْمُقَوَّمَانِ بِأَلْفٍ جُزْءاً - وَهُوَ قَدْرُ الثُّلَثِ - وَيُجْعَلُ الْعَبْدُ الْمُقَوَّمُ بِأَلْفٍ مَعَ أَحَدِ الثَّلَاثَةِ الْمُقَوَّمِينَ بِأَلْفٍ جُزْءاً وَقِيَمَتُهُمَا أَكْثَرُ مِنَ الثُّلَثِ ، وَيُجْعَلُ الْعَبْدَانِ الْآخَرَانِ مِنَ الثَّلَاثَةِ جُزْءاً وَقِيَمَتُهُمَا أَقَلُّ مِنَ الثُّلَثِ ، ثُمَّ يُقَرَّعُ بَيْنَهُمْ عَلَى مَا مَضَى .

فَإِنْ خَرَجَتِ الْحَرِّيَّةُ عَلَى الْمُقَوَّمِينَ بِأَلْفٍ . . عَتَقَا وَقِيَمَتُهُمَا الثُّلَثُ ، وَرَقٌّ بَاقِي الْعَبِيدِ .

وَإِنْ خَرَجَتِ الْحَرِّيَّةُ عَلَى الْمُقَوَّمِينَ بِأَلْفٍ وَثُلْثِ الْأَلْفِ . . فَلَا يُمْكِنُ عَقَبُهُمَا ، فَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ خَرَجَتِ الْحَرِّيَّةُ عَلَى الْمُقَوَّمِ بِأَلْفٍ . . عَتَقَ وَرَقٌّ الْآخَرُ مَعَ بَاقِي الْعَبِيدِ . وَإِنْ خَرَجَتِ الْحَرِّيَّةُ عَلَى الْمُقَوَّمِ بِثُلْثِ الْأَلْفِ . . عَتَقَ وَعَتَقَ ثُلَاثَا الْمُقَوَّمِ بِأَلْفٍ وَرَقٌّ ثُلَاثُهُ وَبَاقِي الْعَبِيدِ .

وَإِنْ خَرَجَتِ الْحَرِّيَّةُ عَلَى الْمُقَوَّمِينَ بِثُلَاثِي الْأَلْفِ . . عَتَقَا وَقَدْ بَقِيَ بَعْضُ الثُّلَثِ ، ثُمَّ يُقَرَّعُ بَيْنَ الْجُزْأَيْنِ الْآخَرَيْنِ لِتَمَامِ الثُّلَثِ . فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى الْعَبْدَيْنِ الْمُقَوَّمِينَ بِأَلْفٍ . . أُعِيدَتِ الْقُرْعَةُ بَيْنَ^(١) هَؤُلَاءِ الْعَبْدَيْنِ ، فَأَيُّهُمَا خَرَجَ عَلَيْهِ سَهْمُ الْعَتَقِ . . عَتَقَ ثُلَاثُهُ وَرَقٌّ ثُلَاثُهُ مَعَ بَاقِي الْعَبِيدِ . وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ فِي الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ عَلَى الْمُقَوَّمِينَ بِأَلْفٍ وَثُلْثِ الْأَلْفِ . . أُعِيدَتِ الْقُرْعَةُ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى الْمُقَوَّمِ بِثُلْثِ الْأَلْفِ . . عَتَقَ جَمِيعُهُ وَرَقٌّ الْآخَرُ مَعَ الْعَبْدَيْنِ الْمُقَوَّمِينَ بِأَلْفٍ . وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى الْمُقَوَّمِ بِأَلْفٍ . . عَتَقَ ثُلَاثُهُ وَرَقٌّ ثُلَاثُهُ مَعَ الثَّلَاثَةِ الْبَاقِينَ .

وَأَصْلُ هَؤُلَاءِ الْوُجْهَيْنِ الْإِخْتِلَافُ فِي تَأْوِيلِ حَدِيثِ عِمْرَانَ بْنِ الْحُصَيْنِ ، فَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (إِنَّمَا جَزَاءُ النَّبِيِّ ﷺ ثَلَاثَةُ أَجْزَاءٍ ؛ لِأَنَّ قِيَمَتَهُمُ تَسَاوَتْ) . وَهَذَا الْقَائِلُ يَقُولُ : إِنَّمَا فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ ذَلِكَ لِأَنَّ عَدَدَهُمْ كَانَ مُسْتَوِيًّا .

(١) فِي (م) : (مِنْ) .

والصحيح هو الأول ؛ لأنه أقرب . وفيما قال هذا القائل . . يحتاج إلى إعادة القرعة .

المسألة الرابعة : إذا كان لِعَدَدِهِمْ ثَلَاثُ صَحِيحٍ وَالْقِيَمُ مُخْتَلِفَةٌ وَلَا يُمْكِنُ تَعْدِيلُ السَّهَامِ بِالْقِيَمَةِ ، مِثْلُ أَنْ كَانُوا سِتَّةَ قِيَمَةٍ وَاحِدِ أَلْفَانِ ، وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ أَلْفٌ ، وَقِيَمَةُ ثَلَاثَةٍ أَلْفٌ :

قَالَ الْمُحَامِلِيُّ : فَعَلِيَ مَنْصُوصِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى يُعْتَبَرُ تَفَاوُتُ ^(١) الْقِيَمَةِ ، فَيُجْعَلُ الْعَبْدُ الَّذِي قِيَمَتُهُ أَلْفَانِ جُزْءًا ، وَالْعَبْدَانِ اللَّذَانِ قِيَمَتُهُمَا أَلْفٌ جُزْءًا ، وَالثَّلَاثَةُ الَّذِينَ قِيَمَتُهُمْ أَلْفٌ جُزْءًا ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى الْعَبْدِ الْمُقَوِّمِ بِأَلْفَيْنِ . . عَتَقَ مِنْهُ قَدْرُ ثَلَاثِ التَّرَكَةِ وَرَقًّا بَاقِيَهُ وَبَاقِيَ الْعَبِيدِ . وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى الْعَبْدَيْنِ الْمُقَوِّمِينَ بِأَلْفٍ . . عَتَقَا وَأُقْرَعَ بَيْنَ الْبَاقِيَيْنِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُمَا تَمَامُ الثَّلَاثِ بِالْقِرْعَةِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى الثَّلَاثَةِ الْمُقَوِّمِينَ بِأَلْفٍ . . عَتَقُوا ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَ الْبَاقِيَيْنِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُمَا تَمَامُ الثَّلَاثِ .

وعلى قول ذلك القائل من أصحابنا : يُسَوَّى بَيْنَهُمْ فِي الْعَدَدِ ، فَيُجْعَلُ كُلُّ اثْنَيْنِ جُزْءًا ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ .

وإن كانوا خَمْسَةَ قِيَمَةٍ وَاحِدِ أَلْفٍ ، وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ أَلْفٌ ، وَاثْنَيْنِ أَلْفٌ . . قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : فَإِنَّ هَاهُنَا يُعَدَّلُونَ بِالْقِيَمَةِ وَجْهًا وَاحِدًا .

المسألة الخامسة : إذا اختلف عددُهم وقِيَمَتُهُمْ ، وَلَا يُمْكِنُ تَعْدِيلُهُمْ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، بَأَنْ كَانُوا خَمْسَةَ قِيَمَةٍ وَاحِدِ أَلْفٍ وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ أَلْفٌ وَقِيَمَةُ ثَلَاثَةٍ أَلْفٌ . . ففیه قولان :

أحدهما : لَا يُجَزَّوْنَ ، بَلْ تَخْرُجُ قِرْعَةُ الْعَتَقِ عَلَى وَاحِدٍ وَاحِدٍ حَتَّى يُسْتَوْفَى الثَّلَاثُ .

والثاني : أَنَّهُمْ يُجَزَّوْنَ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ بِالْقِيَمَةِ ، فَيُجْعَلُ الْعَبْدُ الْمُقَوِّمُ بِأَلْفٍ جُزْءًا ،

(١) في نسخة : (تقارب) .

وكلُّ اثنينٍ مِنَ الأربعةِ جُزْءاً ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ عَلَى ما ذكرناه ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَقْرَبُ إِلَى ما فعله النبي ﷺ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَذَكَرَ فِي « المَهْذَبِ » : إِذَا اختلفَ العددُ والقيمةُ ، وَلَمْ يُمكنِ التعديلُ بالعددِ ولا بالقيمةِ ، بَأَن كانوا خَمْسَةَ قيمةٍ واحدٍ مِثْلَ قيمةِ الثاني مِثْتانِ وقيمةِ الثالثِ ثلاثُ مِثْةٍ وقيمةِ الرابعِ أربَعُ مِثْةٍ وقيمةِ الخامسِ خَمْسُ مِثْةٍ . . ففِيهِ قولانِ .

فَقَالَ شَيْخُنَا الإمامُ الفقيهُ زَيْدُ بْنُ عُبَيْدِ اللَّهِ : لَيْسَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَسْأَلَةَ الْقَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يُمكنُ تعديْلُهُما هَاهُنَا بِالْقيمةِ ، وَإِنَّمَا مَسْأَلَةُ الْقَوْلَيْنِ إِذَا لَمْ يُمكنِ تعديْلُهُما بِالْقيمةِ .

الْمَسْأَلَةُ السَّادِسَةُ : أَن يَكُونَ أَتَقَى اثنَيْنِ : فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ خَرَجَتْ قِرْعَةُ الْعَتَقِ عَلَى أَحَدِهِمَا . . نَظَرْتَ : فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ قَدَرُ ثُلْثِ التَّرَكَةِ . . عَتَقَ وَرَقَّ الْآخَرُ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ أَكْثَرَ . . عَتَقَ مِنْهُ قَدَرُ ثُلْثِ التَّرَكَةِ وَرَقَّ بَاقِيهِ وَالْعَبْدُ الْآخَرُ .

وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ قَدَرِ ثُلْثِ التَّرَكَةِ . . عَتَقَ جَمِيعَهُ وَعَتَقَ مِنَ الْآخِرِ تَمَامَ الثُّلْثِ وَرَقَّ بَاقِيهِ .

مَسْأَلَةٌ : [أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ قِيَمَتِهِمْ سِوَاءَ فَمَاتَ أَحَدُهُمْ] :

وَإِنْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ أَعْبَدٍ لَهُ قِيَمَتُهُمْ سِوَاءً ، فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ ، فَمَاتَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ قَبْلَ الْقِرْعَةِ . . أَقْرَعَ بَيْنَ الْمَيِّتِ وَالْحَيِّينِ . فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى الْمَيِّتِ . . عَتَقَ جَمِيعَهُ وَرَقَّ الْآخَرَانِ ، سِوَاءَ مَاتَ السَّيِّدُ أَوَّلًا أَوِ الْعَبْدُ .

وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ عَلَى أَحَدِ الْحَيِّينِ . . نَظَرْتَ : فَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ قَبْلَ سَيِّدِهِ . . لَمْ يَعْتَقَ مِمَّنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ الْقِرْعَةُ إِلَّا ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ قَبْلَ سَيِّدِهِ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي التَّرَكَةِ .

وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ الْعَبْدِ . . نَظَرْتَ : فَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ الْوَرِثَةُ . . كَانَ كَمَا لَوْ مَاتَ قَبْلَ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُحْتَسَبَ عَلَى الْوَرِثَةِ بِمَا لَمْ يَحْصُلْ فِي أَيْدِيهِمْ مِنَ التَّرَكَةِ . وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ أَنْ قَبِضَهُ الْوَرِثَةُ . . عَتَقَ جَمِيعَ الْعَبْدِ الَّذِي خَرَجَتْ عَلَيْهِ الْقِرْعَةُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ الَّذِي مَاتَ قَدْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمْ ، فَأَحْتَسَبَ بِهِ عَلَيْهِمْ مِنَ التَّرَكَةِ .

فرعٌ : [أعتق ثلاث إماء ولا مال أقرع بينهن] :

وإن أعتق ثلاث إماء في مرض موته بكلمة واحدة ، ولا مال له غيرهن . . أقرع بينهن ، فإن خرجت القرعة بالعتق لإحداهن فولدت . . كان الولد حرّاً ؛ لأنه ولد حرّة . فإن كان حادثاً بعد العتق . . فلا ولاء عليه . وإن كان موجوداً قبل العتق . . كان عليه الولاء .

قال ابن الصبّاغ : وينبغي أن يُعتبر في ثبوت الولاء عليه أن تلده لدون أقل مدّة الحمل من حين العتق .

فرعٌ : [ظهر ماله بعد إعناقه ستة في مرض موته] :

وإن أعتق ستّة أعبد له في مرض موته بكلمة واحدة ، ولا مال له في الظاهر غيرهم ، فأقرع بينهم وحكم بعتق اثنين منهم ورقّ أربعة ، ثمّ ظهر له مال . . نظرت : فإن كان مثلي قيمتهم . . حكم بعتق جميعهم . وإن كان مثل قيمتهم . . تبيناً أن العتق قد كان لازماً في ثلثهم ، وقد خرجت القرعة بعتق ثلثهم ، فيجب أن تعاد القرعة بين الأربعة ويعتق منهم نصفهم ، ومن خرجت عليه قرعة العتق . . كان له جميع ما اكتسبه من حين العتق ؛ لأنّ الحرّيّة حصلت له بذلك .

مسألةٌ : [ظهر دين مستغرق وكان أعتق عبداً في مرض موته] :

وإن أعتق عبداً له في مرض موته لا مال له غيرهم ، ثمّ ظهر عليه دين يستغرق جميع ماله . . لم يصحّ العتق في شيء من العبيد ؛ لأنّ عتقهم وصيّة والدين مقدّم على الوصيّة ، فيباح العبيد ويُقضى الدين بثمانهم .

فإن قال الورثة : نحن نقضي الدين من أموالنا ليصحّ العتق ، ففضوه . . ففيه وجهان :

أحدهما : لا ينفذ العتق في شيء من العبيد إلا بإعتاق الوارث ؛ لأنّا حكمنا ببطلان عتق الميت لأجل الدين ، فلم يُحكم بصحّته بقضاء الدين ، كما لو أعتق الراهن العبد المرهون وقلنا : لا يصحّ ، ففضى الراهن الدين له .

والثاني : يَنْفَذُ الْعَتَقُ ؛ لِأَنَّ الْمَانَعَ هُوَ الدَّيْنُ وَقَدْ قُضِيَ ، فَصَارَ كَأَن لَمْ يَكُنْ .

قَالَ أَصْحَابُنَا : وَأَصْلُ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ : إِذَا مَاتَ وَلَهُ تَرْكَةٌ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَتَصَرَّفَ الْوَارِثُ فِي التَّرَكَةِ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ ، ثُمَّ قَضَى الدَّيْنَ . . . هَلْ يَصَحُّ تَصَرُّفُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ الَّذِي ظَهَرَ عَلَى الْمَيِّتِ لَا يَسْتَعْرِقُ جَمِيعَ قِيَمَتِهِمْ ، وَإِنَّمَا يَسْتَعْرِقُ نِصْفَ قِيَمَتِهِمْ . . . جُعِلَ الْعَبِيدُ جِزَائِينَ ، وَكُتِبَ فِي رُقْعَةٍ دَيْنٌ وَفِي رُقْعَةٍ تَرْكَةٌ ، فَمَنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ رُقْعَةُ الدَّيْنِ . . . يَبِيعُ فِي الدَّيْنِ ، وَمَنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ رُقْعَةُ التَّرَكَةِ . . . جُعِلُوا ثَلَاثَةَ أَجْزَاءَ : جِزَاءً لِلْعَتَقِ ، وَجِزَائِينَ لِلْوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ حَقُّ أَصْحَابِ الدَّيْنِ وَحَقُّ الْعَبِيدِ وَحَقُّ الْوَرِثَةِ وَلَيْسَ بَعْضُ الْعَبِيدِ . . . بِأَنْ يَجْعَلَ لِلدَّيْنِ أَوْ لِلْعَتَقِ أَوْ لِلْوَرِثَةِ - بِأَوْلَى مِنْ الْبَعْضِ فَأَقْرَعُ بَيْنَهُمْ ؛ لِأَنَّ الْقِرْعَةَ لَهَا مَدْخَلٌ فِي الْعَتَقِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَدْخَلٌ فِي الدَّيْنِ وَالتَّرَكَةِ لَوْ أَنْفَرَدَا .

وَإِنْ اسْتَعْرِقَ الدَّيْنُ ثَلَاثَ قِيَمَتِهِمْ . . . جُعِلُوا ثَلَاثَةَ أَجْزَاءَ ، وَكُتِبَ ثَلَاثَ رِقَاعٍ : رُقْعَةٌ لِلدَّيْنِ ، وَرُقْعَتَيْنِ تَرْكَةً ، فَمَنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ رُقْعَةُ الدَّيْنِ . . . يَبِيعُ فِي الدَّيْنِ ، وَمَنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ رُقْعَةُ التَّرَكَةِ . . . جُعِلُوا ثَلَاثَةَ أَجْزَاءَ وَكُتِبَ ثَلَاثَ رِقَاعٍ : رُقْعَةٌ لِلْعَتَقِ وَرُقْعَتَيْنِ تَرْكَةً .

وَإِنْ اسْتَعْرِقَ الدَّيْنُ رُبْعَ قِيَمَتِهِمْ . . . جُعِلُوا أَرْبَعَةَ أَجْزَاءَ ، وَكُتِبَ أَرْبَعَ رِقَاعٍ : رُقْعَةٌ لِلدَّيْنِ وَثَلَاثَ رِقَاعٍ تَرْكَةً ، فَمَنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ رُقْعَةُ الدَّيْنِ . . . يَبِيعُ فِي الدَّيْنِ ، وَمَنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ رُقْعَةُ التَّرَكَةِ . . . جُعِلُوا ثَلَاثَةَ أَجْزَاءَ ، وَكُتِبَ ثَلَاثَ رِقَاعٍ ، رُقْعَةٌ لِلْعَتَقِ ، وَرُقْعَتَيْنِ تَرْكَةً .

فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا كُتِبَ فِي الْأَرْبَعِ : رُقْعَةٌ لِلدَّيْنِ وَرُقْعَةٌ لِلْعَتَقِ وَرُقْعَتَانِ لِلرُّقْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَسْهَلُ ؟

قَالَ أَصْحَابُنَا : لَا يُفْعَلُ ذَلِكَ لِقُوَّةِ الدَّيْنِ عَلَى الْوَصِيَّةِ فَلَا يَشْرَكُ بَيْنَهُمَا فِي الْإِقْرَاعِ ، وَلِأَنَّهُ رُبَّمَا خَرَجَتْ رُقْعَةُ الْعَتَقِ قَبْلَ رُقْعَةِ الدَّيْنِ ، فَيُؤَدَّى إِلَى حَصُولِ الْعَتَقِ قَبْلَ الدَّيْنِ ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ .

فرعٌ : [أعتق ثلاثة قيمتهم ثلاث مئة ولا مال غيرهم وأكتسب أحدهم مئة] :

وإن أعتق في مرض موته ثلاثة عبيد له ، قيمة كل واحدٍ منهم مئة بكلمة واحدة ، ولا مال له غيرهم ، فأكتسب أحدهم بعد العتق وقبل موت السيد مئة ، ثم مات السيد وعليه دين مئة ديناً . كتبت ثلاث رقاع : رقة دين ورقتان تركه ، ثم يقرع بينهم ، فإن خرجت رقة الدين على أحد العبدین اللذين لم يكتسبا . بيع في الدين ، ثم أعيدت القرعة للعبدین المكتسب وغير المكتسب الثاني . فإن خرجت رقة العتق على الذي لم يكتسب . عتق جميعه ، وبقي مع الورثة المكتسب وكسبه ، وذلك مثلاً قيمة المعتق بعد قضاء الدين . وإن خرجت رقة العتق على المكتسب . دخله الدور ، فنقول : عتق من العبد شيء بوصية ، وله من كسبه شيء بغير وصية ، فبقي في يد الورثة ثلاث مئة إلا شيئين تعدل شيئين ، فإذا جبرت . عدلت أربعة أشياء - الشيء خمسة وسبعون - وذلك ثلاثة أرباع العبد ، فيعتق ثلاثة أرباعه ، وله ثلاثة أرباع كسبه ، ويبقى للورثة رُبُعُهُ ورُبُعُ كسبه والعبد الآخر ، وذلك مئة وخمسون ، وهو مثلاً ما عتق من العبد .

وإن خرجت رقة الدين على المكتسب . قال ابن الحداد : بيع نصفه للدين لا غير ؛ لأنه لا حاجة بنا إلى بيع جميعه وتفويت العتق في جميعه ؛ لأن ما رُق منه يتبعه بقدره من الكسب ، فيقضى الدين بنصفه ونصف كسبه ، ثم يقرع بين نصفه وبين العبدین الآخرين ، فإن خرج سهم العتق على نصف المكتسب . عتق نصفه الثاني وتبعه نصف كسبه الباقي ، وقد بقي بعض الثلث ، فتعاد القرعة بين العبدین الآخرين ، فمن خرج عليه سهم العتق منهما . عتق ثلثه ، وهو تمام ثلث ميتين وخمسين بعد قضاء الدين . وإن خرج سهم العتق على أحد العبدین اللذين لم يكتسبا . عتق جميعه وبقي للورثة العبد الآخر ونصف المكتسب ونصف كسبه ، وهو مثلاً قيمة المعتق بعد الدين .

فرعٌ : [أعتق ستة أعبد ولا مال غيرهم فأقرع بينهم] :

وإن أعتق ستة أعبد له في مرض موته لا مال له غيرهم ، فمات ولا دين عليه في الظاهر ، فأقرع بينهم ، وأعتق اثنان ، ثم ظهر دين عليه يستغرق جميع قيمتهم . لم ينفذ العتق . فإن قال الورثة : نحن نقضي الدين ليصح العتق وتمضي القرعة ، فقصوا

الدَّيْنِ . . فهل يصحُّ العتقُ ؟ فيه وجهان ، مضى ذكرُهما .

وإنَّ كَانَ الدَّيْنُ يَسْتَعْرِقُ نَصْفَ قِيَمَتِهِمْ . . ففيه وجهان :

أحدهما : يبطلُ عتقُ العبدَيْنِ اللَّذَيْنِ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ الدَّيْنَ^(١) كَانَ شَرِيكاً لِلوَرِثَةِ والعتقُ ، فبطلَ العتقُ ، كما لو أَقْتَسَمَ شَرِيكَانِ فِي الْمَالِ ثُمَّ ظَهَرَ لَهُمَا شَرِيكٌ ثَالِثٌ .

والثاني : أَنَّ العتقَ لَا يَبْطُلُ فِيهِمَا إِلَّا فِي قَدَرٍ مَا يَخْصُصُهُمَا مِنَ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ إِمْضَاءُ الْقُرْعَةِ وَإِفْرَازُ حَصَّةِ الدَّيْنِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ النَّصِيبَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ دَخَلَتْ لِأَجْلِ الْعَتَقِ دُونَ الدَّيْنِ ، فيقالُ لِلوَرِثَةِ : أَتَنَصَّوْا ثُلْثِي الدَّيْنِ ، وَهُوَ قَدَرُ نَصْفِ قِيَمَةِ الْعَبِيدِ الْأَرْبَعَةِ الْمَحْكُومِ بِرِقَبِهِمْ ، إِمَّا مِنْ خَاصٍّ أَمْوَالِكُمْ وَإِلَّا يَبِيعُ نَصْفَهُمْ .

وَيَجِبُ رَدُّ نَصْفِ الْعَتَقِ فِي الْعَبْدَيْنِ الْمَحْكُومِ بَعْتِقَهُمَا لِمَا يَخْصُصُهُمَا مِنَ الدَّيْنِ ، فَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ خَرَجَتْ قُرْعَةُ الدَّيْنِ عَلَى أَحَدِهِمَا وَكَانَتْ قِيَمَتُهُمَا سَوَاءً . . يَبِيعُ فِي الدَّيْنِ وَعَتَقَ الْعَبْدُ الْآخَرُ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُمَا مُخْتَلِفَةً ، فَخَرَجَتْ قُرْعَةُ الدَّيْنِ عَلَى أَكْثَرِهِمَا قِيَمَةً . . يَبِيعُ مِنْهُ بِقَدَرِ نَصْفِ قِيَمَتِهِمَا ، وَعَتَقَ بَاقِيَهُ وَالْعَبْدُ الْآخَرُ . وَإِنْ خَرَجَتْ قُرْعَةُ الدَّيْنِ عَلَى أَقْلِهِمَا قِيَمَةً . . رُقِيَ وَيَبِيعُ فِي الدَّيْنِ ، وَرُقِيَ مِنَ الْآخَرِ تَمَامُ نَصْفِ قِيَمَتِهِمَا وَيَبِيعُ ذَلِكَ فِي الدَّيْنِ وَعَتَقَ بَاقِيَهُ .

وَاللَّهُ أَعْلَمُ

* * *

(١) فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةٍ : (الْمُرَادُ صَاحِبَ الدَّيْنِ ، وَذَلِكَ جَائِزٌ كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَسَلِّ الْقَرْيَةَ ﴾ [يوسف : ٨٢] وَالْمُرَادُ : أَهْلُ الْقَرْيَةِ) .

بَابُ الْمُدَبِّرِ

التدبير^(١) : مأخوذٌ مِنَ الدُّبْرِ^(٢) ، وهو : أَنْ يُعْلَقَ عَتَقَ عَبْدِهِ بِمَوْتِهِ . وهو ممَّا يُتَقَرَّبُ بِهِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِهِ الْعَتَقُ ، فَهُوَ كَالْعَتَقِ الْمَنْجَزِ .
فَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ مُحَرَّرٌ ، أَوْ عَتِيقٌ ، أَوْ مَعْتَقٌ بَعْدَ مَوْتِي . . . كَانَ ذَلِكَ صَرِيحاً فِي التَّدْبِيرِ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَ الْعَتَقِ بِالْمَوْتِ .
وَإِنْ قَالَ : دَبَّرْتُكَ ، أَوْ أَنْتَ مُدَبِّرٌ وَنَوَيْ عَتَقَهُ بِمَوْتِهِ . . . صَارَ مُدَبِّراً .
وَإِنْ أَطْلَقَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ . . . فَالْمَنْصُوصُ فِي (التَّدْبِيرِ) : (أَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ ، وَيَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ) .

وَقَالَ فِي (الْكِتَابَةِ) : (إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : كَاتِبْتُكَ ، أَوْ أَنْتَ مَكَاتِبٌ عَلَى مِئَةِ دِينَارٍ تَوْذِيهَا فِي نَجْمِينَ . . . لَمْ يَعْتَقْ حَتَّى يَقُولَ : فَإِذَا أَذْيَتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ يَنْوِي ذَلِكَ) .
فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ نَقَلَ جَوَابَهُ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا إِلَى الْأُخْرَى وَجَعَلَهُمَا عَلَى قَوْلَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ ذَلِكَ صَرِيحٌ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : (دَبَّرْتُكَ) مَوْضُوعٌ لِلتَّدْبِيرِ ، وَقَوْلَهُ : (كَاتِبْتُكَ) مَوْضُوعٌ لِلْكِتَابَةِ فِي عُرْفِ الشَّرْعِ .

وَالثَّانِي : أَنَّ ذَلِكَ كِنَايَةٌ فِيهِمَا ، فَلَا يَكُونَانِ صَرِيحَيْنِ إِلَّا بَنِيَّةٍ أَوْ قَرِينَةٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكْثُرِ اسْتِعْمَالُهُمَا لِذَلِكَ .

وَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَهُمَا عَلَى ظَاهِرِ النَّصِّ فَقَالَ : قَوْلُهُ : دَبَّرْتُكَ ، أَوْ أَنْتَ مُدَبِّرٌ صَرِيحٌ فِي التَّدْبِيرِ ، وَقَوْلُهُ : كَاتِبْتُكَ ، أَوْ أَنْتَ مَكَاتِبٌ كِنَايَةٌ فِي الْكِتَابَةِ . وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِفَرْقَيْنِ :

(١) التدبير لغة : النظر في عواقب الأمور . وشرعاً : تعليق عتق بالموت .
وأركانه ثلاثة : رقيق غير أم ولد ، وصبيغة ، ومالك عاقل بالغ مختار .
(٢) لأن الموت دبر الحياة ، وقيل : لأنه لم يجعل تدبيره إلى غيره .

أحدهما : أنَّ التدبيرَ معقولُ المعنى ، وأنَّه موضوعٌ للعتقِ بعدَ الموتِ ، يشتركُ في معرفةِ معناه الخاصَّةُ والعامَّةُ . والكتابةُ لا يعرفُها إلاَّ خواصُّ الناسِ .

والثاني : أنَّ التدبيرَ لا يحتملُ إلاَّ العتقَ بعدَ الموتِ ، والكتابةُ تحتملُ المُخارجةَ ، بأنَّ يقولَ : كاتبُك كلَّ شهرٍ بكذا ، فأفتقرَ إلى النِّيةِ أو القرينةِ .

إذا ثبتَ هذا : فإنَّ المدبرَ يُعتبرُ عتقه من ثلثِ التركة . ورويَ ذلكَ عَنْ : عليٍّ ^(١) ، وأبنِ عمرَ ^(٢) ، وأبنِ المسيَّبِ ، والزهرِيِّ ، والثوريِّ ، ومالكٍ ، وأبي حنيفةٍ .

وقالَ أبنُ مسعودٍ ^(٣) ، وسعيدُ بنُ جبيرٍ ، ومسروقٌ ، والنخعيُّ ودأودُ : (يعتبرُ عتقه من رأسِ المالِ) .

دليلُنا : ما روى أبنُ عمرَ : أنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « الْمُدَبِّرُ مِنَ الثَّلَثِ » ^(٤) ولأنَّه تبرُّعٌ يلزمُ بالموتِ ، فكانَ مِنَ الثَّلَثِ كالوصيةِ .

(١) أخرج خبر علي المرتضى رضي الله عنه عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦٥٣) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٣١٤/١٠) في المدبر .

(٢) أخرج خبر ابن عمر رضي الله عنهما الشافعي في « الأم » (٣٥٠/٧) ، والدارمي في « السنن » (٤٢٢/٢) ، والدارقطني في « السنن » (١٣٨/٤) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٣١٤/١٠) . قال الحافظ في « تلخيص الجبير » (٢٣٧/٤) : قال الدارقطني في « العلل » : الأصح وقفه .

(٣) أخرج خبر ابن مسعود رضي الله عنه سعيد بن منصور (٢٦٤) ، وذكره ابن قدامة في « المغني » (٣٨٧/٩) .

(٤) رواه عن ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعاً ابن ماجه (٢٥١٤) في العتق ، وابن عدي في « الكامل » (١٨٨/٥) ، والدارقطني في « السنن » (١٣٨/٤) في المكاتب ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٣١٤/١٠) في المدبر . قال الشافعي في « الأم » (٣٥٠/٧) في المشيئة في العتق والتدبير : الحفاظ الذين يحدثونه يقفونه على ابن عمر ، ولا أعلم من أدركت من المفتين اختلفوا في أن المدبر وصية من الثلث .

وقال ابن ماجه : سمعت عثمان بن أبي شيبة يقول : هذا خطأ يعني حديث المدبر من الثلث ، قال أبو عبد الله : ليس له أصل .

قال ابن كثير في « إرشاد الفقيه » (١١٥/٢) : وروي مرفوعاً . قال أبو زرعة الرازي

فَإِنْ دَبَّرَ عَبْدًا وَأَوْصَىٰ بِأَنْ يَعْتَقَ عَنْهُ عَبْدٌ آخَرُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَعَجَزَ الثَّلَاثُ عَنْهُمَا . . أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلٌ آخَرُ : أَنَّهُ يَقْدَمُ عَتَقُ الْمَدْبَرِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى ؛ لِأَنَّهُ يَنْجُزُ بِالْمَوْتِ .

وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُمَا يَسْتَوِيَانِ فِي وَقْتِ الزُّرْمِ .

مَسْأَلَةٌ : [تدبير المجنون والصبي والسفيه] :

وَيَصُحُّ التَّدْبِيرُ مِنْ كُلِّ بَالِغٍ عَاقِلٍ جَائِزٍ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْعَتَقِ الْمُنْجَزِ .

فَأَمَّا الْمَجْنُونُ وَالصَّبِيُّ الَّذِي لَيْسَ بِمُمَيِّزٍ . . فَلَا يَصُحُّ تَدْبِيرُهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا حَكَمَ لِكَلَامِهِمَا . وَهَلْ يَصُحُّ تَدْبِيرُ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ وَوَصِيَّتُهُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَصُحُّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَخْتِيَارِ الْمُزْنِيِّ وَالشَّيْخِ أَبِي إِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصُحُّ عَتَقُهُ ، فَلَمْ يَصُحَّ تَدْبِيرُهُ ، كَالْمَجْنُونِ .

وَالثَّانِي : يَصُحُّ . وَهُوَ أَخْتِيَارُ الْقَاضِي أَبِي حَامِدٍ ؛ لِمَا رَوَى : (أَنَّ قَوْمًا سَأَلُوا عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنْ غُلَامٍ - مِنْ غَسَّانٍ - يَافِعٍ لَمْ يَبْلُغِ الْحُلُمَ ، وَصَّى لِبْنَتِ عَمِّهِ ، فَأَجَازَ وَصِيَّتَهُ)^(١) . وَأَمَّا تَدْبِيرُ السَّفِيهِ : فَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ :

= قال البوصيري في « الزوائد » : في إسناده علي بن زبيران ضعفه ابن معين وغير واحد . وفي الباب :

رواه عن أبي قلابة مرسلاً عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦٥٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٣١٤ / ١٠) .

(١) أخرج خبر عمر الفاروق رضي الله عنه عن عمرو بن سليم الزرقني مالك في « الموطأ » (١٤٩٣) ط دار الفكر ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٨٢ / ٦) في الوصايا ، باب : ما جاء في وصية الصغير . قال البيهقي : علّق الشافعي جواز وصيته وتدبيره بثبوت الخبر فيها عن عمر ، والخبر منقطع ، فعمر بن سليم الرزقي لم يدرك عمر إلا أنه ذكر في الخبر انتسابه إلى صاحب القصة والله أعلم .

فمنهم مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ ، كَالصَّبِيِّ . قَالَ الْمُحَامِلِيُّ : وَهَذَا أَشْبَهُ بِكَلَامِ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَصْخُ تَدْبِيرُهُ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْعُقُودِ ، وَالسَّفِيَّةُ مِنْ أَهْلِ الْعُقُودِ ، وَلِهَذَا يَصْخُ طَلَاقُهُ وَيَصْخُ نِكَاحُهُ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ . وَلَمْ يَذْكُرْ فِي « الْمَهْذَبِ » غَيْرَ هَذَا .

مَسْأَلَةٌ : [التدبير المطلق والمقيّد] :

وَيَصْخُ التَّدْبِيرُ مُطْلَقًا وَمَقْيَدًا بِشَرْطٍ .

(فَاَلْمُطْلَقُ) هُوَ : أَنْ يَقُولَ : أَنْتَ حَرْبٌ بَعْدَ مَوْتِي ، أَوْ إِذَا أَنَا مَيِّتٌ . . فَأَنْتَ حَرْبٌ .

(وَ الْمَقْيَدُ) : مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ مَيِّتُ مِنْ هَذَا الْمَرَضِ ، أَوْ فِي هَذَا الشَّهْرِ ، أَوْ فِي هَذِهِ السَّنَةِ . . فَأَنْتَ حَرْبٌ .

وَيَجُوزُ تَعْلِيْقُ التَّدْبِيرِ إِلَى شَرْطٍ فِي حَالِ الْحَيَاةِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِذَا دَخَلْتَ الدَّارَ . . فَأَنْتَ حَرْبٌ بَعْدَ مَوْتِي ، فَإِنْ دَخَلَ الدَّارَ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ . . صَارَ مَدْبَرًا ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ التَّدْبِيرَ بِدُخُولِ الدَّارِ ، فَإِذَا دَخَلَ الدَّارَ . . صَارَ مَدْبَرًا .

فَإِنْ لَمْ يَدْخُلِ الدَّارَ حَتَّى مَاتَ السَّيِّدُ ، ثُمَّ دَخَلَهَا . . لَمْ يَعْتَقْ ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ التَّدْبِيرَ عَلَى شَرْطٍ ، فَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ . . بَطَلَ الشَّرْطُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ وَكِيلًا فِي بَيْعِ سَلْعَةٍ ، فَمَاتَ الْمَوْكَّلُ قَبْلَ الْبَيْعِ . . فَإِنَّ الْبَيْعَ لَا يَصْخُ .

وَيَجُوزُ تَعْلِيْقُ الْعَتَقِ عَلَى شَرْطٍ بَعْدَ الْمَوْتِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي . . فَأَنْتَ حَرْبٌ . فَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ ، ثُمَّ دَخَلَ الْعَبْدُ الدَّارَ . . عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِذَلِكَ ، فَحُمِلَ عَلَيْهِ ، كَمَا إِذَا قَالَ لَوْكِيْلِهِ : إِذَا مَيِّتُ ، فَبِعْ هَذِهِ السَّلْعَةَ . . فَإِنَّهُ يَصِيرُ وَصِيًّا فِي ذَلِكَ ، وَجَازَ بَيْعُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ .

= الْيَافِعُ : الَّذِي لَمْ يَبْلُغِ الْحُلُمَ ، يُقَالُ : غَلَامٌ يَافِعٌ مِنْ غُلَمَانِ أَيْفَاعَ ، وَيُقَالُ : غَلَامٌ يَفْعَةٌ مِثْلُ يَافِعٍ لِلْوَاحِدِ وَالْجَمْعِ ، وَيَشْنَى وَيَجْمَعُ .

ويعتقُ العبدُ هاهنا مِنَ الثُّلثِ بالصفةِ لا بالتدبيرِ ؛ لِأَنَّ التدبيرَ هُوَ أَنْ يعلِّقَ عتقه بموتهِ وحدهُ ، وهاهنا علَّقه بموتهِ ودخولِ الدارِ بعدهُ .

فإنْ دخلَ العبدُ الدارَ في حالِ حياةِ السيِّدِ وَلَمْ يدخلها بعدَ موتهِ . . لَمْ يعتقْ ؛ لِأَنَّهُ شرطُ الدخولِ بعدَ الموتِ ، وَلَمْ يُوجدْ .

فرعٌ : [الفاظ لا يقطع بالعتق فيها] :

قالَ في « الأُمِّ » : (إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي ، أَوْ لَسْتَ بِحُرٍّ ، أَوْ أَنْتَ مَدْبِرٌ ، أَوْ لَسْتَ بِمَدْبِرٍ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ أَوْ لَا . . لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ شَيْئاً ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْطَعْ بِالْعَتَقِ) .

وإنْ قالَ : لِعَبْدِهِ إِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ وَمِثُّ . . فَأَنْتَ حُرٌّ ، فَإِنْ قَرَأَ جَمِيعَ الْقُرْآنِ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ . . عَتَقَ بِمَوْتِهِ . وَإِنْ قَرَأَ بَعْضَهُ . . لَمْ يَعْتَقْ ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ حُرِّيَّتَهُ بِقِرَاءَةِ جَمِيعِ الْقُرْآنِ .

وإنْ قالَ لَهُ : إِذَا قَرَأْتَ قُرْآنًا وَمِثُّ . . فَأَنْتَ حُرٌّ ، فَقَرَأَ بَعْضَ الْقُرْآنِ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ . . عَتَقَ بِمَوْتِهِ .

والفرقُ بينهما : أَنَّ فِي الْأُولَى عَرَّفَ الْقُرْآنَ بِالْأَلْفِ وَاللَّامِ ، فَأَقْتَضَى جَمِيعَهُ ، وَفِي الثَّانِيَةِ نَكَّرَهُ ، فَأَقْتَضَى بَعْضَهُ .

فإنْ قِيلَ : فَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾ [النحل : ٩٨] وَلَمْ يُرِدْ جَمِيعَهُ وَإِنَّمَا أَرَادَ أَيَّ شَيْءٍ قَرَأَ مِنْهُ ؟

قُلْنَا : ظَاهِرُ اللَّفْظِ يَقْتَضِي جَمِيعَهُ ، وَإِنَّمَا حَمَلْنَاهُ عَلَى بَعْضِهِ بِدَلِيلٍ ^(١) .

فرعٌ : [تعليق العتق على مشيئة العبد] :

إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : إِنْ شِئْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي ، أَوْ إِذَا شِئْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ إِنْ شِئْتَ بَعْدَ مَوْتِي ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ إِنْ شِئْتَ مَتَى مِثُّ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ إِنْ شِئْتَ إِذَا

(١) في حاشية نسخة : (وذلك الدليل : أن البعض يقام مقام الكل) .

مَثُ . . فلا يصيرُ مدبراً في شيءٍ مِنْ هَذِهِ المسائلِ حَتَّى تَوجدَ المشيئةُ مِنَ العبدِ ؛ لِأَنَّهُ عُلِقَ التدبيرُ عَلَى مشيئَتِهِ . فَإِنْ وَجدتِ المشيئةُ مِنَ العبدِ عَلَى الفورِ بحيثُ تَكونُ جواباً لِكلامِ سيِّدِهِ . . صارَ العبدُ مدبراً . وَإِنْ أَخرَ العبدُ المشيئةَ حَتَّى قَامَ مِنَ المجلسِ . . لَمْ يصِرْ مدبراً .

وإِنْ وَجدتْ مِنْهُ المشيئةُ بَعْدَ أَنْ سَكَتَ سَكوتاً طويلاً أَوْ أَشْتَغَلَ بِأَمْرٍ وَقَبْلَ أَنْ يَقومَ مِنْ مجلسِهِ . . فعلى وجهين ، كالوجهين فيمن عُلِقَ طلاقُ أمرِ أَنَّهُ بِمشيئَتِهَا .
وإِنْ لَمْ تَوجدْ مِنْهُ المشيئةُ حَتَّى ماتَ السيّدُ . . بطلَ التدبيرُ ؛ لِأَنَّ الصِّفَةَ المَطلَقةَ تَقْتَضِي وجودَها قَبْلَ مَوْتِ السيّدِ .

وإِنْ^(١) قَالَ : متى شئتَ ، أَوْ أَيَّ وَقتٍ شئتَ فَأَنْتَ حرٌّ بَعْدَ موتي . . فهذا تعليقُ تدبيرٍ بِمشيئةِ العبدِ كالأولى ، إِلَّا أَنَّ هَاهُنَا متى وَجدتِ المشيئةُ مِنَ العبدِ فِي حياةِ السيّدِ عَلَى الفورِ أَوْ عَلَى التراخي فِي المجلسِ أَوْ بَعْدَهُ . . صارَ مدبراً ؛ لِأَنَّ قولَهُ : متى ، وَأَيَّ وَقتٍ ، يَقْتَضِي العمومَ .

وإِنْ ماتَ السيّدُ قَبْلَ وجودِ المشيئةِ . . بطلتِ الصِّفَةُ ؛ لِأَنَّ الصِّفَةَ المَطلَقةَ تَبْطُلُ بِمَوْتِ السيّدِ .

فرعٌ : [تعليق التدبير بِمشيئة العبد بعد موت السيد] :

وإِنْ قَالَ لِعَبْدِهِ : إِذَا مَثُ ، فَشئتَ ، فَأَنْتَ حرٌّ . . فَقَدْ عُلِقَ عِتْقُهُ بِوجودِ المشيئةِ مِنْهُ بَعْدَ مَوْتِ سيِّدِهِ ، فَإِنْ ماتَ السيّدُ فشاءَ العبدُ عَقِيبَ موْتِهِ . . عتقَ ؛ لِأَنَّ الفاءَ تَوجبُ الترتيبَ والتعقيبَ . وَإِنْ لَمْ يَشَأْ العبدُ بَعْدَ المَوْتِ إِلَّا بَعْدَ قِيَامِهِ مِنْ مجلسِهِ . . لَمْ يَعتَقْ .
وإِنْ شاءَ فِي مجلسِهِ بَعْدَ مَوْتِ السيّدِ وَقَدْ أَشْتَغَلَ بَعْدَ المَوْتِ بِسَكوتٍ طويلاً أَوْ أَمْرٍ غَيْرِهِ . . فَهَلْ يَعتَقُ ؟ عَلَى الوجهين فِي التي قَبَلَهَا . وَإِنْ شاءَ العبدُ فِي حياةِ السيّدِ لَا غَيْرَ . . لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَذِهِ المشيئةِ عِتْقٌ ؛ لِأَنَّ السيّدَ شَرَطَ أَنْ تَكونَ المشيئةُ بَعْدَ موْتِهِ .

(١) فِي (م) : (فأما إِذَا) .

وإن قال لعبدِهِ : إذا مِتُّ فمتى شئتَ ، أو أيَّ وقتٍ شئتَ فأنتَ حرٌّ ، أو قال : إذا مِتُّ فأنتَ حرٌّ متى شئتَ ، أو أيَّ وقتٍ شئتَ . فهي كالأولى ، وأنه لا يعتق إلا إذا شاءَ بعدَ موتِ سيِّدهِ ، إلا أنَّ في هذهِ يجوزُ أن تتراخى المشيئةُ عن الموتِ ، سواءً وجدتْ في المجلسِ أو بعدهُ ؛ لأنَّ قوله : (متى شئتَ ، أو أيَّ وقتٍ شئتَ) عامٌّ في الزمانِ .

فإن اكتسبَ العبدُ مالاً في هذهِ المسألةِ بعدَ موتِ سيِّدهِ وقَبْلَ وجودِ المشيئةِ منه ، أو كسبَ مالاً بعدَ موتِ سيِّدهِ في المجلسِ قَبْلَ وجودِ المشيئةِ إذا علَّقَ العتقَ بمشيئتهِ بعدَ الموتِ بقوله : فشئتَ ، وقُلنا : إنَّ المشيئةَ في المجلسِ هي مشيئةٌ على الفورِ . فلمنْ يكونُ ذلكَ المالُ الذي اكتسبهُ إذا وُجدتْ منه المشيئةُ ؟

قالَ القاضي أبو الطيّبِ : تكونُ نفقةُ العبدِ منه ، وما بقيَ مِنْ نفقتهِ فيه قولان ، كما لو كسبَ العبدُ الموصى بهِ لرجلٍ مالاً بعدَ موتِ سيِّدهِ وقَبْلَ قبولِ الموصى له ، فإنه على قولين :

أحدهما : يكونُ الكسبُ للموصى له .

والثاني : يكونُ لورثةِ الموصي .

وقالَ ابنُ الصَّبَّاحِ : يكونُ الكسبُ هاهنا لورثةِ المعتقِ قولاً واحداً .

والفرقُ بينهما : أنَّ العبدَ هاهنا مملوكٌ قَبْلَ وجودِ المشيئةِ منه . فكانَ كسبهُ للورثةِ ، بخلافِ الموصى بهِ ، فإنَّ الموصى له إذا قَبِلَ الوصيةَ فيه . . تبَيَّنَّا أنَّه ملكُهُ بالموتِ في أحدِ القولين ، فكذلكَ حكمنا له بملكِ الكسبِ في هذا القولِ .

فأمَّا إذا قالَ لعبدِهِ : أنتَ حرٌّ إذا مِتُّ إن شئتَ ، أو إذا شئتَ ، أو إذا مِتُّ فأنتَ حرٌّ إن شئتَ ، أو إذا شئتَ . . فقد قالَ البغدادِيُّونَ مِنْ أصحابِنَا : حكمُها حكمُ ما لو قالَ : إذا مِتُّ فشئتَ فأنتَ حرٌّ . . فإنه لا يعتقُ إلا بوجودِ المشيئةِ بعدَ موتِ السيِّدِ .

وقالَ المسعوديُّ [في « الإبانة »] : يحتملُ أن يكونَ المرادُ بهِ المشيئةُ في حياته ، ويحتملُ بعدَ الموتِ ، فيرجعُ إليه ، فإن لم يكنْ له نيَّةٌ . . فلا بدَّ مِنَ المشيئةِ مرَّةً في المجلسِ في حياةِ السيِّدِ ومرَّةً بعدَ الموتِ ، فإن شاءَ مرَّةً واحدةً . . قالَ : فالمشهورُ : أنَّه لا يعتقُ . وقيلَ : يحملُ على المشيئةِ بعدَ الموتِ ؛ لأنَّ الظاهرُ .

ويعتقُ العبدُ في جميع ذلك من الثلث ؛ لأنه علقَ عتقه على موته ، وأضاف إليه المشيئة ، فهو كما لو علقَ عتقه على الموتِ وحده .

مسألة : [علق عتقه ثم دبره ، أو العكس] :

إذا قال لعبدِهِ : إذا دخلت الدارَ فأنت حرٌّ ، ثم دبرَهُ ، أو دبرَهُ ثم قال له : إذا دخلت الدارَ فأنت حرٌّ . . صحَّ ، فإن دخل الدارَ قبل موت سيده . . عتق بالصفة . وإن مات السيد قبل أن يدخل الدارَ . . عتق بالتدبير ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما صفةٌ للعتق ، فتعلق العتق بالسابق منهما .

وإن كاتب عبده ثم دبرَهُ . . صحَّ ذلك فإن أدَّى قبل موت سيده . . عتق بالكتابة . وإن مات السيد قبل الأداء ، فإن خرج من الثلث . . عتق بالتدبير وبطلت الكتابة ، وإن لم يخرج من الثلث . . عتق منه ما احتمله ، وبقي الباقي منه مكاتباً بحصته من المال ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما سببٌ للعتق ، فتعلق العتق بالسابق منهما ، كما لو قال له : إن دخلت الدارَ . . فأنت حرٌّ ، ثم قال له : إن كلمت زيدا . . فأنت حرٌّ .

وإن كانت جاريةً فاستولدها ، ثم دبرها . . لم يفد التدبير شيئاً ؛ لأنها تعتق بموته من رأس المال ، ويعتق^(١) المدبر من الثلث ، فكان الاستيلاء أقوى .

مسألة : [دبر أحد الشريكين نصيبه] :

وإن كان بين اثنين عبدٌ فدبر أحدهما نصيبه منه وهو موسرٌ . . صار نصيبه مدبراً . وهل يسري إلى نصيب شريكه ؟ فيه قولان :

أحدهما : يسري إلى نصيب شريكه ، ويلزمه دفع قيمة نصيب شريكه ، ويصير الجميع مدبراً ، يعتق بمرتبه . وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنه استحق العتق بموت سيده ، فسرى إلى نصيب شريكه ، كما لو استولد جاريةً بينه وبين شريكه .

والثاني : أنه لا يقوم عليه نصيب شريكه ، ولا يسري إليه التدبير . وهو اختيار

(١) في نسختين : (عتق) .

المُزْنِيَّ وَأَبْنِ الصَّبَاحِ ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ مِنَ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لَا يَقْطَعُ التَّصَرُّفَ فِي رَقَبَتِهِ بِالْبَيْعِ فَلَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِ الشَّرِيكِ ، كَمَا لَوْ عَلَّقَ عَتَقَ عَبْدٌ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ عَلَى صَفَةٍ . وَيَخَالِفُ الْأَسْتِيلَادَ فَإِنَّهُ يَمْنَعُ مِنَ الْبَيْعِ .
فعلى هذا : يصيرُ نصفُهُ مدبراً ونصفُهُ قنّاً .

فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ الَّذِي دَبَّرَ نَصِيبَهُ . . عَتَقَ نَصِيبَهُ ، وَلَا يَقُومُ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ حَالَ الْعَتَقِ .

فَإِنْ أَعْتَقَ الَّذِي لَمْ يَدَبِّرْ نَصِيبَهُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ الَّذِي دَبَّرَ نَصِيبَهُ . . فَهَلْ يَقُومُ نَصِيبُ الْمَدْبَرِ عَلَى الْمَعْتَقِ إِنْ كَانَ مُوسِراً ؟ الْحُكْمُ فِيهِ حُكْمٌ مَا لَوْ كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَدَبَّرَاهُ ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ قَبْلَ مَوْتِ شَرِيكِهِ . . فَهَلْ يَقُومُ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ إِذَا كَانَ مُوسِراً ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَقُومُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَدْبَرِ كَالْقَنَّ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ بِالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ ، فَكَانَ كَالْقَنَّ فِي الْعَتَقِ وَالسَّرَايَةِ .

وَالثَّانِي : لَا يَقُومُ عَلَيْهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ .

قَالَ الْمُحَامِلِيُّ : وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الشَّرِيكَ قَدْ اسْتَحَقَّ الْوَلَاءَ عَلَى نَصِيبِهِ بِمَوْتِهِ ، فَلَمْ يَجْزِ إِبْطَالُ ذَلِكَ عَلَيْهِ بِالتَّقْوِيمِ .

فعلى هذا : لَوْ رَجَعَ الشَّرِيكَ فِي تَدْبِيرِ نَصِيبِهِ . . فَالَّذِي يَقْتَضِي الْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يَقُومُ عَلَى الْمَعْتَقِ وَيَسْرِي عَتَقُهُ إِلَى جَمِيعِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنَ التَّقْوِيمِ إِنَّمَا كَانَ لَمَّا اسْتَحَقَّهُ السَّيِّدُ مِنَ الْوَلَاءِ ، وَقَدْ بَطَلَ ذَلِكَ بِرَجُوعِهِ .

فِرْعُ : [تدبير بعض العبد] :

وَإِنْ كَانَ لِرَجُلٍ عَبْدٌ فَدَبَّرَ بَعْضَهُ . . صَحَّ ذَلِكَ كَمَا يَصْحَحُ عَتَقُهُ فِي بَعْضِ عَبْدِهِ ، وَهَلْ يَسْرِي التَّدْبِيرُ إِلَى جَمِيعِهِ ؟

الْمَنْصُوصُ لِلشَّافِعِيِّ : (أَنَّهُ لَا يَسْرِي التَّدْبِيرُ إِلَى بَاقِيهِ) ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لَيْسَ بِإِتْلَافٍ وَلَا سَبَبٍ يَوْجِبُ الْإِتْلَافَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَلَمْ يَقْتَضِ السَّرَايَةَ .

قَالَ المحاملي : ويجيء فيها قولُ آخَرُ : أَنَّ التدبيرَ يسري إلى باقيه ، مأخوذاً مِنْ القولِ المحكي : إِذَا دَبَّرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ . . سَرَى إِلَى نَصِيْبِ شَرِيكِهِ وَقَوْمٍ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ مُوسِرًا .

فرع : [دبرا عبدهما معاً]

وإن كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : إِذَا مِتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ . . فَقَدْ عُلِّقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِتْقَ نَصِيْبِهِ بِمَوْتِهِ وَمَوْتَ شَرِيكِهِ ، فَلَا يَصِيرُ الْعَبْدُ مَدْبَرًا فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ الْمَدْبَرَ هُوَ الْعَبْدُ الَّذِي عُلِّقَ سَيِّدُهُ عِتْقَهُ بِمَوْتِهِ وَحَدَهُ ، وَهَاهُنَا قَدْ عُلِّقَ عِتْقُهُ بِمَوْتِهِ وَمَوْتَ شَرِيكِهِ ، فَكَانَ عِتْقًا مَعْلَقًا بِصِفَةٍ .

فإنَّ مَا تَامَا مَعًا . . عِتْقَ نَصِيْبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ ثُلْثِ تَرْكَتِهِ بِالصِفَةِ لَا بِالتَّدْبِيرِ . وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ . . لَمْ يَعْتَقْ نَصِيْبُ الْمَيِّتِ أَوَّلًا قَبْلَ مَوْتِ شَرِيكِهِ ، وَأَمَّا نَصِيْبُ الثَّانِي . . فَإِنَّهُ يَصِيرُ مَدْبَرًا ؛ لِأَنَّ عِتْقَ نَصِيْبِهِ الْآنَ مُتَعَلِّقٌ بِمَوْتِهِ وَحَدَهُ .

وهلْ لَوَرِثَةِ الْأَوَّلِ أَنْ يَتَصَرَّفُوا فِي نَصِيْبِهِمْ^(١) قَبْلَ مَوْتِ الثَّانِي بِمَا يُزِيلُ الْمِلْكَ ، كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، حَكَاهُمَا الطَّبْرِيُّ فِي « الْعُدَّةِ » :

[أَحَدُهُمَا] : قَالَ صَاحِبُ « التَّقْرِيبِ » : لَهُمْ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ عُلِّقَ عِتْقَ عَبْدِهِ عَلَى صِفَتَيْنِ فَوُجِدَتْ إِحْدَاهُمَا ، فَلَهُ أَنْ يَزِيلَ مِلْكَهُ عَنْهُ قَبْلَ وُجُودِ الْأُخْرَى .

[وَالثَّانِي] : قَالَ غَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا : لَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ، كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ : إِذَا مِتُّ فَدَخَلْتَ الدَّارَ . . فَأَنْتَ حُرٌّ ، فَأَرَادَ الْعَبْدُ دُخُولَ الدَّارِ ، لَمْ يَكُنْ لِلْوَارِثِ مَنَعُهُ مِنَ الدَّخُولِ ، وَلَا بَيْعُهُ ، وَكَمَا لَوْ قَالَ : إِذَا مِتُّ وَمَضَى يَوْمٌ . . فَأَنْتَ حُرٌّ ، فَلَيْسَ لَهُمْ بَيْعُهُ قَبْلَ مَضِيِّ الْيَوْمِ . وَلَهُمْ اسْتِخْدَامُهُ قَبْلَ مَوْتِ الثَّانِي .

فإنَّ كَسْبَ مَالًا بَعْدَ مَوْتِ الْأَوَّلِ وَقَبْلَ مَوْتِ الثَّانِي ، ثُمَّ مَاتَ الثَّانِي . . فَلَمْ يَكُنْ مَا يَخْصُ نَصِيْبَ الْأَوَّلِ مِنْ ذَلِكَ الْكَسْبِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

(١) فِي (م) : (نَصِيْبِ الْأَوَّلِ) .

أحدهما : أَنَّهُ لِرِثَّةِ الْأَوَّلِ لَا يُقْضَى مِنْهُ دَيْنُهُ ، وَلَا تُنْفَذُ مِنْهُ وَصَايَاهُ .

والثاني : أَنَّهُ مِنْ جَمَلَةِ تَرَكَةِ الْأَوَّلِ ، يُقْضَى مِنْهُ دَيْنُهُ وَتُنْفَذُ مِنْهُ وَصَايَاهُ ، بِنَاءً عَلَى الْوَجْهِينِ فِي جَوَازِ تَصْرِفِ الْوَرِثَةِ فِي رِقَبَتِهِ .

فَأَمَّا إِذَا قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ : أَنْتَ حَيِّسٌ عَلَيَّ آخِرْنَا مَوْتًا ، فَإِذَا مَاتَ عَتَقْتَ . . فَإِنَّهُ لَا يَعْتَقُ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا إِلَّا بِمَوْتِهِ وَمَوْتَ شَرِيكِهِ كَالأَوَّلَى ، إِلَّا أَنَّ هَاهُنَا إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا . . كَانَتْ مَنْفَعَةُ نَصِيبِهِ مَوْصًى بِهَا لَشَرِيكِهِ إِلَى أَنْ يَمُوتَ الْآخَرُ مِنْهُمَا ، فَإِذَا مَاتَ . . عَتَقَ عَلَيْهِمَا مِنْ ثَلَاثِ تَرَكَتَيْهِمَا .

مَسْأَلَةٌ : [جواز بيع المدبر] :

ويجوز للمولى بيع المدبر وهبته ووقفه ، سواء كان التدبير مطلقاً أو مقيداً . وروي ذلك عَنْ عَائِشَةَ^(١) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ^(٢) ، وَطَاوُوسُ^(٣) ، وَمُجَاهِدٌ ، وَهِيَ إِحْدَى الرَّوَاتِبِينَ عَنْ أَحْمَدَ . وَالْآخَرَى عَنْهُ : (يَجُوزُ بَيْعُهُ لِأَجْلِ الدِّينِ) .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : (إِنْ كَانَ التَّدْبِيرُ مَقِيداً ، بَأَنَّهُ قَالَ : إِذَا مِتُّ فِي هَذَا الشَّهْرِ أَوْ مِنْ هَذَا الْمَرَضِ فَأَنْتَ حُرٌّ . . جَازَ بَيْعُهُ وَهَبَتُهُ . وَإِنْ كَانَ مُطْلَقاً ؛ بَأَنَّهُ يَقُولُ : إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ . . لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ وَلَا هَبَتُهُ) .

وَقَالَ مَالِكٌ : (لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَلَا هَبَتُهُ بِحَالٍ) .

دَلِيلُنَا : مَا رَوَى جَابِرٌ : (أَنَّ رَجُلًا - يَقَالُ لَهُ : أَبُو مَذْكَور - كَانَ لَهُ عَبْدٌ قِطْطِيٌّ - يَقَالُ

(١) أخرج خبر عائشة الشافعي في « ترتيب المسند » (٢٢١ / ٢) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦٦٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٣١٣ / ١٠) في المدبر .

(٢) أخرج خبر عمر بن عبد العزيز الشافعي في « الأم » (٣٤٨ / ٧) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦٦٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٣١٣ / ١٠) .

(٣) أخرج أثر طاووس الشافعي في « الأم » (٣٤٨ / ٧) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦٦٦) و (١٦٦٧٠) ، وابن حزم في « المحلى » (٣٨ / ٩) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٣١٣ / ١٠) .

لَه : يعقوب - فَأَعْتَقَهُ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ ، فَبَلَغَ ذَلِكَ النَّبِيُّ ﷺ ، فدَعَاهُ النَّبِيُّ ﷺ ، فَقَالَ : مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّي ؟ فَأَشْتَرَاهُ مِنْهُ نَعِيمُ بْنُ النَّخَامِ بِسَبْعِ مِئَةٍ أَوْ بِتِسْعِ مِئَةٍ ، قَالَ جَابِرٌ : مَاتَ وَهُوَ عَبْدٌ فِي أَوَّلِ عَامٍ مِنْ إِمَارَةِ أَبِي الزَّبِيرِ ^(١) .

وَلَأَنَّ عَتَقَ نَصْفَهُ ثَبَتَ بِقَوْلِ السَّيِّدِ وَحْدَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَازِمًا ، كَمَا لَوْ قَالَ لَهُ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ . . فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ كَمَا لَوْ كَانَ مَقِيدًا .

فَرَعٌ : [للسيد اكتساب المدبر واستخدامه] :

وَيَمْلِكُ السَّيِّدُ أَكْتِسَابَهُ وَاسْتِخْدَامَهُ . وَإِنْ كَانَتْ جَارِيَةً . . مَلَكَ وَطَآهَا ؛ لَمَّا رَوَى : (أَنَّ أَبْنَ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ دَبَّرَ أَمَتَيْنِ لَهُ ، وَكَانَ يَطْوُهُمَا بَعْدَ التَّدْبِيرِ) ^(٢) . وَلَأَنَّ الْمَدْبِرَ كَالْقَيْنِ فِي الْبَيْعِ ، فَكَانَ كَالْقَيْنِ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ .

وَإِنْ جُنِيَ عَلَى الْمَدْبِرِ ، فَإِنْ كَانَتْ عَلَى الطَّرَفِ . . فَلِلسَّيِّدِ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ فِيهَا وَالْأَرَشُ ، وَيَكُونُ الْمَدْبِرُ بَاقِيًا عَلَى تَدْبِيرِهِ .

وَإِنْ جُنِيَ عَلَى نَفْسِهِ عَمْدًا . . فَلِلسَّيِّدِ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ فِيهَا ، وَإِنْ كَانَتْ خَطَأً أَوْ عَمْدًا لَا قِصَاصَ فِيهَا . . فَلِلسَّيِّدِ أَخَذُ الْأَرَشِ فِيهَا ، وَإِذَا أَخَذَهُ . . مَلَكَهُ .

فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا قُلْتُمْ : تَكُونُ قِيمَتُهُ قَائِمَةً مَقَامَهُ كَقِيمَةِ الرَّهْنِ ؟

قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا : أَنَّ الْقِيَمَةَ لَا تَكُونُ مَدْبَرَةً ، وَيُمْكِنُ أَنْ تَكُونَ الْقِيَمَةُ رَهْنًا .

(١) سلف وأخرجه عن جابر من طرق الشافعي في « الأم » (٣٤٧/٧ و ٣٤٨) ، والبخاري (٢٢٣٠) في البيوع (٢٥٣٤) في العتق ، ومسلم (١٦٦٨) م (٥٨) في الأيمان ، وأبو داود (٣٩٥٥) و (٣٩٥٧) في العتق ، والترمذي (١٢١٩) في البيوع ، والنسائي في « الصغرى » (٢٥٤٦) في الزكاة وفي « الكبرى » (٤٩٩٩) و (٥٠٠٨) وغيرهما ، وابن ماجه (٢٥١٣) في العتق ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٣٠٨/١٠) في المدبر .

(٢) أخرج خبر ابن عمر مالك في « الموطأ » (٨١٤/٢) ، والشافعي في « الأم » (٣٥٧/٧) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦٩٧) و (١٦٦٩٨) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٣١٥/١٠) في المدبر بإسناد صحيح ، وفي الباب كما في بعض النسخ :

عن عمر أمير المؤمنين رواه عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٧٠١) بلفظ : (أَنَّهُ أَعْتَقَ وَلِيْدَةً لَهُ عَنْ دَبْرٍ ثُمَّ وَطَّئَهَا بَعْدَ ذَلِكَ سَبْعَ سَنِينَ) .

فَإِنْ قِيلَ : هَلَّا أَخَذْتُمْ بِالْقِيَمَةِ عَبْدًا يَكُونُ مَدْبَرًا ، كَمَا جَعَلْتُمْ قِيَمَةَ الْمَرْهُونِ رَهْنًا ؟
قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا : أَنَّ الْعَبْدَ الْمَأْخُودَ بِقِيَمَتِهِ لَا يَكُونُ بَدْلَهُ ، وَإِنَّمَا يَكُونُ بَدْلَ
قِيَمَتِهِ ، وَلَئِنَّ الرِّهْنَ لَازِمٌ ، فَتَعَلَّقَ بِبَدْلِهِ ، وَالتَّدْبِيرَ لَيْسَ بِلَازِمٍ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِبْطَالُهُ
بِالْبَيْعِ .

فِرْعُ : [جناية المدبر] :

وَإِنْ جَنَى الْمَدْبِرُ عَلَى غَيْرِهِ ، فَإِنْ كَانَتِ الْجَنَايَةُ عَمْدًا ، فَأَخْتَارَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ
الْقِصَاصَ ، فَأَقْتَصَّ ، فَإِنْ كَانَ فِي النَّفْسِ . . بَطَلَ التَّدْبِيرُ ، وَإِنْ كَانَ فِي الطَّرْفِ . . كَانَ
بَاقِيًا عَلَى تَدْبِيرِهِ . وَإِنْ كَانَتِ الْجَنَايَةُ خَطَأً أَوْ عَمْدًا فَعَفَى الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَلَى مَا لِي . . تَعَلَّقَ
الْأَرَشُ بِرَقَبَةِ الْمَدْبِرِ كَالْعَبْدِ الْقَنِّ .

وَإِنْ أَخْتَارَ السَّيِّدُ أَنْ يَفْدِيَهُ . . فَبِكَمْ يَلْزُمُهُ أَنْ يَفْدِيَهُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : بِأَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرَشِ الْجَنَايَةِ .

وَالثَّانِي : بِأَرَشِ الْجَنَايَةِ بِالْغَا مَا بَلَغَ ، كَالْقَوْلَيْنِ فِي الْعَبْدِ الْقَنِّ .

فَإِنْ فَدَاهُ . . سَقَطَ حَكْمُ الْجَنَايَةِ وَكَانَ بَاقِيًا عَلَى التَّدْبِيرِ . وَإِنْ أَخْتَارَ أَنْ يَسْلُمَهُ
لِلْبَيْعِ ، فَإِنْ كَانَ الْأَرَشُ يَسْتَغْرِقُ قِيَمَتَهُ . . يَبِيعُ جَمِيعَهُ فِي الْأَرَشِ . وَإِنْ كَانَ الْأَرَشُ
لَا يَسْتَغْرِقُ قِيَمَتَهُ . . يَبِيعُ مِنْهُ بِقَدْرِ أَرَشِ الْجَنَايَةِ إِنْ أَمَكَّنَ بَيْعُ ذَلِكَ ، وَكَانَ الْبَاقِي عَلَى
التَّدْبِيرِ ، إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ السَّيِّدُ بَيْعَ جَمِيعِهِ ، فَيَبَاعُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ يَبِيعُ الْمَدْبِرَ بِكُلِّ حَالٍ .

فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ أَنْ يَفْدِيَهُ وَقَبْلَ بَيْعِهِ . . فَهَلْ يَعْتَقُ ؟

إِنْ قُلْنَا : لَا يَصْحُ عَتَقُ الْعَبْدِ الْجَانِي . . لَمْ يَعْتَقْ ، وَكَانَ الْوَرِثَةُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَفْدُوهُ
أَوْ يَسْلُمُوهُ لِلْبَيْعِ .

وَإِنْ قُلْنَا : يَصْحُ عَتَقُ الْعَبْدِ الْجَانِي . . عَتَقَ بِالتَّدْبِيرِ وَأَخَذَتِ الْقِيَمَةُ مِنْ أَصْلِ التَّرَكَةِ ؛
لِأَنَّهُ عَتَقَ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهِ ، فَتَعَلَّقَ الْأَرَشُ بِتَرَكَتِهِ .

وَلَا يَجِبُ فِي التَّرَكَةِ إِلَّا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْقِيَمَةِ أَوْ الْأَرَشِ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ
بَيْعُهُ .

مسألة : [دبر أمته فانت بولد] :

وإذا دبّر أمتَهُ فانتَ بولدٍ من زواجٍ أو زناً لستَ أشهر ، فما زاد من وقتِ التدبير . .
فإنه يحكمُ بأنَّ الولدَ حدثٌ بعدَ التدبير ، وهل يتبعُ أمُّهُ في التدبير ؟ فيه قولان :

أحدهما : يتبعها في التدبير . وبه قالَ عمر^(١) ، وأبْنُ عمر^(٢) ، وأبْنُ مسعود^(٣) ،
وأبو حنيفة ، ومالك ، والثوري ، وأحمد ، وإسحاق رضي الله عنهم ؛ لأنها أمةٌ تعتقُ
بموتِ سيِّدِها ، فتبعها ولدها في حكمها ، كولدِ أمِّ الولد .

والثاني : لا يتبعها . وبه قالَ جابرُ بنُ زيد^(٤) أبو الشعثاء .

قالَ المحاملي : وهو الأصحُّ ؛ لأنَّ التدبيرَ عقدٌ يلحقُه الفسخ ، فلم يسرِ إلى
الولد ، كالرهن والوصية .

وأختلف أصحابنا في موضع القولين :

فمنهم من قال : إنما بناهما الشافعي رضي الله عنه على القولين في التدبير . فإن
قلنا : إنه وصية . . لم يتبعها ولدها ، كما لو وصَّى بأمِّه ثم أتت بولد ، فإنه لا يتبعها .
وإن قلنا : إنه عتقٌ بصفة . . تبعها ولدها .

ومنهم من قال : القولان إنما هما على القول الذي يقول : التدبير عتقٌ بصفة^(٥) ،
فأمَّا إذا قلنا : إنه وصية . . فلا يتبعها قولاً واحداً .

(١) أورده عن عمر أمير المؤمنين د . القلعجي في « موسوعة فقه عمر » (ص / ٤٣٦) .

(٢) أخرج خبر ابن عمر عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٦٨٢) و (١٦٦٨٣) ، والبيهقي في
« السنن الكبرى » (٣١٥ / ١٠) في المدبر .

(٣) أخرج خبر ابن مسعود ابن حزم في « المحلى » (٣٩ / ٩) ، وكذا أورده ابن قدامة في
« المغني » (٣٩٣ / ٩) .

(٤) أخرج أثر جابر بن زيد الشافعي في « الأم » (٣٥٨ / ٧) ، وعبد الرزاق في « المصنف »
(١٦٦٨٨) و (١٦٦٩٠) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٣١٦ / ١٠) في المدبر .

وجاء في النسخ : (جابر بن أبي الشعثاء) . والتصويب من « التقريب » ومصادر

التخريج .

(٥) جاء في نسخة : (القولين في المدبر الذي عتق نصفه) .

ومنهم مَنْ قَالَ : إِنَّ الْقَوْلَيْنِ فِي الْحَالَيْنِ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى قَدْ نَصَّ عَلَى أَنَّهُ : (إِذَا عُلِّقَ عَتَقُ أُمَّةٌ عَلَى صِفَةٍ ، ثُمَّ أَتَتْ بِوَلَدٍ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زَنًا . . فَهَلْ يَتَّبِعُهَا ؟ فِيهِ قَوْلَانِ) . فَلَوْ كَانَ وَلَدُ الْمَدْبُورَةِ إِنَّمَا يَتَّبِعُهَا إِذَا قُلْنَا : إِنَّ التَّدْبِيرَ عَتَقٌ بِصِفَةٍ . . لَكَانَ يَتَّبِعُهَا هَاهُنَا قَوْلًا وَاحِدًا .

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْوَلَدَ لَا يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي التَّدْبِيرِ . . كَانَ مَمْلُوكًا لِلسَّيِّدِ يَتَصَرَّفُ فِيهِ كَيْفَ شَاءَ .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَتَّبِعُهَا ، فَإِنْ مَاتَتِ الْأُمُّ فِي حَيَاةِ الْمَوْلَى ، أَوْ رَجَعَ فِي تَدْبِيرِهَا . . لَمْ يَبْطُلِ التَّدْبِيرُ فِي وَلَدِهَا ؛ لِأَنَّهُمَا مَدْبُرَانِ ، فَلَا يَبْطُلُ تَدْبِيرُ أَحَدِهِمَا بِبَطْلَانِ تَدْبِيرِ الْآخَرِ .

فَرَعُ : [دبر الأمة وهي حامل] :

وَإِنْ دَبَّرَ الْأُمُّ وَهِيَ حَامِلٌ ، فَإِنْ أَتَتْ بِالْوَلَدِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ التَّدْبِيرِ . . فَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ :

فَقَالَ أَكْثَرُهُمْ : يَتَّبِعُهَا فِي التَّدْبِيرِ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ يَجْرِي مَجْرَى أَعْضَائِهَا .

ومنهم مَنْ قَالَ : إِنْ قُلْنَا : إِنْ الْحَمْلُ لَهُ حَكْمٌ . . تَبِعَهَا فِي التَّدْبِيرِ قَوْلًا وَاحِدًا . وَإِنْ قُلْنَا : لَا حَكْمَ لَهُ . . فَهُوَ كَمَا لَوْ حَدَثَ بَعْدَ التَّدْبِيرِ ، وَهَلْ يَتَّبِعُهَا ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ . وَهَذِهِ عَلَى طَرِيقَةِ الْمَسْعُودِيِّ [فِي « الْإِبَانَةِ »] ، وَأَخْتِيارِ الْمُحَامِلِيِّ .

وَلَوْ دَبَّرَ جَارِيَةً فَمَاتَ الْمَوْلَى وَهِيَ حَامِلَةٌ . . عَتَقَتْ وَتَبِعَهَا وَلَدُهَا فِي الْعَتَقِ قَوْلًا وَاحِدًا ، سِوَاكَ كَانَ مَوْجُودًا وَقَتِ التَّدْبِيرِ أَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ جَارِيَةً حَامِلًا .

فَرَعُ : [وطء المدبر الجارية الموهوبة له] :

وَإِنْ دَبَّرَ عَبْدَهُ ، ثُمَّ وَهَبَ لَهُ جَارِيَةً ، فَأَذَنَ لَهُ فِي وَطْئِهَا ، فَوَطَّئَهَا فَأَتَتْ مِنْهُ بِوَلَدٍ . . فَإِنَّهُ لَا حَدَّ عَلَى الْعَبْدِ وَيُلْحَقُهُ نَسَبُ الْوَلَدِ لِلشَّبْهَةِ .

فَإِنْ قُلْنَا بِالْقَوْلِ الْجَدِيدِ ، وَأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ إِذَا مَلَكَهُ سَيِّدُهُ . . فَالْوَلَدُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِ السَّيِّدِ .

وإن قلنا بالقول القديم ، وأنَّ العبدَ يملك إذا ملكه سيده . فالولدُ ابنُ العبدِ ومملوكه ، ولا يعتق عليه ؛ لأنَّ ملكه غير تام عليه . وهل يتبعه في التدبير ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يتبعه ؛ لأنَّ الولدَ إنما يتبع أمه في الرقِّ والحرِّيَّة دون أبيه .

والثاني : يتبعه الولدُ في التدبير ؛ لأنَّ وطأه صادف ملكه ، فتبعه ولده في حكمه ، كالحرِّ إذا وطئ أمه له .

مسألة : [جواز رجوع السيد بالتدبير] :

التدبير غير لازم قبل موت السيد ، فيجوز للسيد الرجوع فيه بما يُزيل الملك ، كالبيع والهبة والوقف ؛ لحديث جابر في بيع المدبر . وإذا ثبت الخبر في البيع . فسنا^(١) عليه كلَّ تصرفٍ يزيل الملك .

وهل يصحُّ الرجوع فيه بقوله : نقضت التدبير ، وأبطلته ، ورجعت فيه ، وفسخته ؟ فيه قولان :

[أحدهما] : قال في القديم وبعض كتبه الجديدة : (هو كالوصية فيصحُّ الرجوع فيه بما يُزيل الملك وبالفسخ) . وهو اختيار المزيّ ؛ لأنه جعل للعبد نفسه ، فهو كالوصية .

[والثاني] : قال في أكثر كتبه الجديدة : (هو كالعتق المعلق على الصفة ، فلا يصحُّ الرجوع فيه إلا بتصرفٍ يزيل الملك) وهو الأصحُّ ؛ لأنه عتق معلق بصفة ، فهو كما لو قال لعبيده : إذا دخلت الدار فأنت حرٌّ .

وإن دبر عبده ثم وهبه لغيره ولم يقبضه . فالمنصوص : (أنه رجوع) .

فمن أصحابنا من قال : هذا على القول الذي يقول : إنه وصية ، فأما إذا قلنا : إنه عتق بصفة . فلا يكون رجوعاً ؛ لأنَّ ملكه لم يزل عنه بذلك .

ومنهم من قال : هو رجوعُ على القولين ؛ لأنَّ الهبة سببٌ لإزالة المِلْك .
 وإن دَبَّرَ عبده ، ثمَّ كاتبه ، فإن قلنا : إنَّ التدبيرَ وصيَّةٌ . . كانتِ الكتابةُ رجوعاً فيه .
 وإن قلنا : إنَّه عتقُ بصفوة . . لم يكن رجوعاً ، وكان كما لو كاتبه ، ثمَّ دَبَّرَهُ .
 وإن دَبَّرَ عبده ، ثمَّ قال له : إنَّ أدَّتِ إلى وارثي ألفاً فأنت حرٌّ . . فالمنصوصُ :
 (أنه رجوعُ في التدبيرِ) . فأختلف أصحابنا فيه :

فمنهم من قال : إنَّما ذلك إذا قلنا : إنَّ التدبيرَ وصيَّةٌ ؛ لأنَّه عدلٌ عَنِ العتقِ بالتدبيرِ
 إلى العتقِ بالمالِ ، فكان رجوعاً فيه . فأما إذا قلنا : إنَّه عتقُ بصفوة . . فليسَ برجوعٍ ،
 بل إن خرجَ مِنَ الثُلثِ . . عتقَ بالتدبيرِ وبطلَ العتقُ بالمالِ .
 ومنهم من قال : بل هو رجوعُ على القولين ؛ لأنَّ ذلك معاوضةٌ مع العبدِ ، فجرى
 مجرى البيعِ .

وإن دَبَّرَ جاريةً ثمَّ أَسْتَوْلَدَهَا . . بطلَ التدبيرُ ؛ لأنَّ العتقَ بالاستيلاء أقوى .
 وإن دَبَّرَ عبداً ثمَّ رَجَعَ في تدبيرِ بعضِهِ . . صحَّ الرجوعُ فيما رَجَعَ فيه ، كما يصحُّ
 التدبيرُ في بعضِهِ ، ولا يسري الرجوعُ إلى باقيهِ ؛ لأنَّ ذلك لا سِرِّيَّةَ له .

فرعٌ : [تدبير الحمل دون الجارية] :

ويجوزُ تدبيرُ حَمَلِ الجاريةِ دونَ الجاريةِ كما يجوزُ عتْقُهُ ، ولا يسري ذلكُ إلى
 الجاريةِ كما لا يسري عتقُ الحَمَلِ إلى الأمِّ .

فإنَّ أرادَ الرجوعُ في تدبيرِ الحَمَلِ ، فإن قلنا : يصحُّ الرجوعُ فيه بلفظِ الفسخِ
 والإبطالِ وما أشبههُ . . رَجَعَ في تدبيرِهِ بذلك . وإن قلنا : لا يصحُّ الرجوعُ في التدبيرِ
 إلَّا بتصرفٍ يزيلُ المِلْكَ كالبيعِ والهبةِ . . فلا يمكنُ ذلكُ في الحَمَلِ وحدهُ .

فإن باعَ الأمُّ : قال الشافعيُّ رحمه الله تعالى في « الأمِّ » [٣٥٨/٧] : (فإن قصدَ
 بالبيعِ الرجوعَ في تدبيرِ الحَمَلِ . . صحَّ البيعُ . وإن لم يقصدِ الرجوعَ في تدبيرِ الحَمَلِ . .
 لم يصحَّ البيعُ) .

وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ :

فَقَالَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي «الإبَانَةِ»] وَبَعْضُ أَصْحَابِنَا الْبَغْدَادِيِّينَ : إِنَّ نَوَى بِالْبَيْعِ الرَّجُوعِ فِي تَدْبِيرِ الْحَمْلِ ، صَحَّ الْبَيْعُ فِي الْأُمِّ وَالْحَمْلِ . وَإِنْ لَمْ يَنْوَ بِالْبَيْعِ الرَّجُوعِ فِي تَدْبِيرِ الْحَمْلِ . . لَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ فِيهِمَا ، كَمَا لَوْ بَاعَ الْجَارِيَةَ وَأَسْتَنْتَى حَمْلَهَا .

وَذَهَبَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِنَا إِلَى : أَنَّهُ يَصَحُّ الْبَيْعُ فِيهِمَا ، وَيَكُونُ رَجُوعاً فِي تَدْبِيرِ الْحَمْلِ سِوَاءِ نَوَى الرَّجُوعِ أَوْ لَمْ يَنْوَ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ دَبَّرَ عَبْدًا فَبَاعَهُ . . صَحَّ الْبَيْعُ ، وَكَانَ رَجُوعاً فِي التَّدْبِيرِ وَإِنْ لَمْ يَنْوَ الرَّجُوعَ .

وَتَأَوَّلُوا قَوْلَهُ : (إِنْ قَصَدَ بِالْبَيْعِ الرَّجُوعَ فِي تَدْبِيرِ الْحَمْلِ . . صَحَّ الْبَيْعُ) أَرَادَ : إِذَا بَاعَ الْجَارِيَةَ مَطْلَقاً وَلَمْ يَسْتَنْهِ الْحَمْلَ . . فَإِنَّ الْبَيْعَ يَصَحُّ فِيهِمَا .

وَقَوْلَهُ : (وَإِنْ لَمْ يَقْصِدِ الرَّجُوعَ فِي تَدْبِيرِ الْحَمْلِ . . لَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ) أَرَادَ : إِذَا بَاعَ الْجَارِيَةَ وَأَسْتَنْتَى حَمْلَهَا . . لَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ فِيهِمَا ، كَمَا لَا يَصَحُّ أَسْتِنَاءُ بَعْضِ أَعْضَائِهَا .

فِرْعُ : [يَتَّبِعُ الْوَلَدَ الْحَادِثَ الْأُمِّ فِي التَّدْبِيرِ] :

إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْوَلَدَ الْحَادِثَ بَعْدَ التَّدْبِيرِ ، يَتَّبِعُ الْجَارِيَةَ فِي التَّدْبِيرِ فَوَلَدَتْ أَوْلَاداً بَعْدَ التَّدْبِيرِ . . تَبِعَهَا الْجَمِيعُ فِي التَّدْبِيرِ . فَإِنْ قَالَ السَّيِّدُ قَبْلَ الْوِلَادَةِ : كُلَّمَا وَلَدَتْ وَلَدًا فَقَدْ رَجَعْتُ فِي تَدْبِيرِهِ . . لَمْ يَصَحَّ هَذَا الرَّجُوعُ ؛ لِأَنَّ الرَّجُوعَ إِنَّمَا يَصَحُّ فِيمَنْ ثَبَتَ لَهُ حَكْمُ التَّدْبِيرِ ، وَقَبْلَ أَنْ تَلِدَ مَا ثَبَتَ لِلْوَلَدِ حَكْمُ التَّدْبِيرِ ، فَلَمْ يَصَحَّ الرَّجُوعُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ : إِنْ دَبَّرْتُكَ فَقَدْ رَجَعْتُ فِي تَدْبِيرِكَ . . فَلَا يَصَحُّ هَذَا الرَّجُوعُ .

فِرْعُ : [تَدْبِيرُ الصَّبِيِّ وَالسَّفِيهِ] :

وَإِنْ دَبَّرَ الصَّبِيُّ أَوِ السَّفِيهُ ، وَقُلْنَا : يَصَحُّ تَدْبِيرُهُمَا ، فَإِنْ قُلْنَا : يَصَحُّ هَذَا الرَّجُوعُ بِلَفْظِ الْفَسْخِ . . صَحَّ رَجُوعُهُمَا بِالْفَسْخِ .

وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصَحُّ الرَّجُوعُ إِلَّا بِتَصْرِفٍ يُزِيلُ الْمِلْكَ . . فَلَا يَصَحُّ ذَلِكَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصَحُّ بَعْدَهُمَا .

وإن باع وليهما^(١) العبد . . . كَانَ ذَلِكَ رجوعاً في تدبيرهما .

وإن دبّر عبده ، ثم خرس السيّد ، فأشار إلى الرجوع أو كتب ذلك ، فإن قلنا : يصحّ الرجوع بالقول . . . صحّ الرجوع ، وإن قلنا : لا يصحّ الرجوع إلاّ بتصرف يُزيل المِلْك . . . لم يصحّ رجوعه بذلك ، ولا ينصبّ له وليّ ؛ لأنّه رشيدٌ .
فإن أشار إلى البيع وفهم ذلك منه . . . صحّ بيعه وكان ذلك رجوعاً في التدبير .

مسألة : [الردة لا تبطل التدبير] :

وإن دبّر عبده ، ثمّ ارتدّ السيّد . . . فنصّ الشافعي رحمه الله تعالى : (أنّ التدبير لا يبطل) وأختلف أصحابنا فيه :
فقال أبو إسحاق المروزي : لا يبطل التدبير قولاً واحداً ؛ لأنّ الردة إنّما تؤثر في العقود المستقبلية دون الماضية .

ومنهم من قال : هذه المسألة مبنيّة على الأقوال في ملك المرتدّ ، فإن قلنا : إنّ ملكه قد زال بالردة . . . بطل التدبير . وإن قلنا : إنّ ملكه موقوف . . . كان تدبيره موقوفاً . وإن قلنا : إنّ ملكه باقٍ . . . لم يبطل التدبير ، وحمل نصّ الشافعي هاهنا على القول الذي يقول : إنّ ملكه باقٍ لم يبطل التدبير . وإلى هذا أوما^(٢) صاحب المهدّب .

ومنهم من قال : يبطل التدبير قولاً واحداً ؛ لأنّ المدبّر يعتق من ثلث التركة ، فلا يعتق حتّى يحصل^(٣) للورثة مثله .

قال ابن الصبّاغ : والأوّل أصحّ ؛ لأنّ الشافعي رحمه الله تعالى قال : (إذا دبّر المرتدّ عبده . . . فهل يصحّ تدبيره ؟ فيه ثلاثة أقوال بناء على الأقوال في ملكه فإن قلنا : إنّ ملكه لا يزول بالردة . . . صحّ تدبيره . وإن قلنا : إنّ ملكه يزول بالردة . . . لم يصحّ

(١) في نسخة : (وكيهما) .

(٢) في نسخة : (أوصى) .

(٣) في (م) : (يصحّ) .

تدبيره . وإن قلنا : إنّ ملكه موقوف . . كان تدبيره موقوفاً .
وقول من قال : لا يصحّ حتّى يحصل للورثة مثله . . غير صحيح ؛ لأنّ ماله
للمسلمين ، وقد حصل لهم مثله .

فرع : [ردّة العبد لا تبطل التدبير] :

وإن دبّر المسلم عبده فارتدّ العبد . . لم يبطل التدبير ؛ لأنّ الملك باقٍ عليه لا يبطل
بالردّة .

فإن كان العبد ذميّاً فلحقّ العبد بدار الحرب فأسّر . . وجبّ ردهُ إلى سيّده ؛ لأنّ
ملكه باقٍ عليه . وإن أسّر بعد أن مات سيّده . . لم يجزّ استرقاقه ؛ لأنّه قد ثبت عليه
لمولاه الولاء ، فلا يجوز إبطال ذلك عليه .

مسألة : [تدبير الكافر] :

وإن دبّر الكافر عبده الكافر . . صحّ تدبيره ، سواء كان يهودياً ، أو نصرانياً ، أو
مجوسياً ، أو وثنيّاً . ولا فرق بين أن يكون ذميّاً أو حربياً ، كما يصحّ عقفه .

فإن دخل الحربيّ دار الإسلام بأمان ومعه عبد مدبّر ، ثمّ أراد الرجوع به إلى دار
الحرب . . لم يُمنع منه ؛ لأنّ ملكه باقٍ عليه ، فإن رجع في تدبيره . . فحكمه حكم
المسلم إذا رجع في تدبيره على ما مضى .

وإن أسلم العبد قبل رجوع السيّد ، فإن رجع السيّد في التدبير بالفسخ ، وقلنا :
يصحّ الرجوع به . . رجع المدبّر قنّاً له ، وأمر بإزالة ملكه عنه ؛ لأنّ الكافر لا يُقرّ على
ملك المسلم .

وإن لم يرجع ، أو رجع وقلنا : لا يصحّ . . ففيه قولان :

أحدهما : يُباع عليه العبد . وهو اختيار المزنّي ؛ لأنّ الكافر لا يُقرّ على ملك
المسلم ، فيباع عليه كغير المدبّر .

والثاني : لا يباع عليه . وهو قول أبي حنيفة .

قَالَ الْمُحَامِلِيُّ وَهُوَ الْأَشْبَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَبَاعُ لَطَلْبِ الْحِطِّ لِلْعَبْدِ لِأَنَّهُ لَا يَجْرِي عَلَيْهِ صَغَارٌ فِي مِلْكِ الْكَافِرِ ، وَهَاهُنَا الْحِطُّ لَهُ أَنْ لَا يَبَاعَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ لَهُ سَبَبُ الْعَتَقِ ، فَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُ ذَلِكَ عَلَيْهِ بِالْبَيْعِ .

فَعَلَى هَذَا : لَا يُتْرَكُ فِي يَدِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ صَغَاراً عَلَى الْمُسْلِمِ ، بَلْ يَكُونُ السَّيِّدُ بِالْخِيَارِ : بَيْنَ أَنْ يَخَارِجَهُ عَلَى شَيْءٍ ، وَبَيْنَ أَنْ يَتْرُكَهُ عَلَى يَدِ مُسْلِمٍ ثَقَةٍ ، وَيَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ إِنْ كَانَ لَهُ كَسْبٌ ، وَيَكُونُ الْبَاقِي مِنَ الْكَسْبِ لِلْسَّيِّدِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ . . أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ .

فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ وَخَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ . . عَتَقَ عَلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ . . يَبِيعُ مَا رَقَّ مِنْهُ عَلَى الْوَرِثَةِ قَوْلاً وَاحِداً ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَبْقَ لَهُ حُرِّيَّةٌ مُتَظَرَّةٌ ، فَوَجَبَ بَيْعُهُ .

مَسْأَلَةٌ : [يرد جحود التدبير بعدلين] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ : (وَلَا يَجُوزُ عَلَى التَّدْبِيرِ إِذَا جَحَدَ السَّيِّدُ إِلَّا عَدْلَانِ) .

وَجَمَلُهُ ذَلِكَ : أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا ادَّعَى عَلَى سَيِّدِهِ أَنَّهُ دَبَّرَهُ وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ التَّدْبِيرَ عَتَقَ بِصَفَةٍ . . سُمِعَتْ دَعْوَى الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يَمْلِكُ إِبْطَالَ الصِّفَةِ بِالرَّجُوعِ . فَإِنْ كَانَ مَعَ الْعَبْدِ بَيِّنَةٌ . . ثَبَتَ التَّدْبِيرُ ، وَلَا يُقْبَلُ فِيهِ إِلَّا شَاهِدَانِ ذَكَرَانِ ؛ لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ عَلَى مَا لَيْسَ بِمَالٍ ، وَيُطَّلَعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَ الْعَبْدِ بَيِّنَةٌ . . فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ التَّدْبِيرِ ، فَيَحْلِفُ عَلَى الْقَطْعِ أَنَّهُ مَا دَبَّرَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى فَعْلٍ نَفْسِهِ ، فَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ . . رَدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْعَبْدِ ، فَيَحْلِفُ لَقَدْ دَبَّرَهُ ، وَيُثَبَّتُ التَّدْبِيرُ . فَإِنْ ادَّعَى السَّيِّدُ أَنَّهُ قَدْ بَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةٌ . . قُبِلَ ، وَيُقْبَلُ فِيهِ شَاهِدٌ وَأَمْرَانِ ؛ لِأَنَّهُ دَعْوَى مِلْكٍ .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ . . فَهَلْ تَسْمَعُ دَعْوَى الْعَبْدِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

[أَحَدُهُمَا] : مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا تَسْمَعُ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ يَمْلِكُ الرَّجُوعَ فِيهِ بِالْقَوْلِ ، فَكَانَ إِنكَارُهُ رَجُوعاً .

[وَالثَّانِي] : مِنْهُمْ مَنْ قَالَ : تَسْمَعُ دَعْوَاهُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ النَّصْرِ هَاهُنَا ؛ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ

رحمه الله تعالى قال في (الدعاوى والبيّنات) : (لو ادّعى العبدُ على السيّد التدبير ، وأنكر السيّد . قلنا للسيّد : لا تحتاجُ إلى اليمين ، بل قل : قد رجعتُ في التدبير) فدلّ على أنّ الجحودَ ليسَ برجوع ، ولأنّ الرجوعَ أن يقول : قد رجعتُ . فأما قوله : ما دبرْتُكَ . . فليسَ ذلكَ برجوع . ولأنّ المرأةَ لو ادّعتْ على الرجلِ النكاحَ فأنكر . لم يكن إنكارُهُ طلاقاً ، فكذلك هاهنا لا يكونُ إنكارُهُ رجوعاً .

فعلى هذا : الحكمُ فيه حكمُ التدبيرِ إذا قلنا : إنّه عتقُ بصفةٍ في سماعِ دعواه . وإن مات السيّد ، وادّعى العبدُ على الورثة أنّ السيّد كانَ دبرهُ ، وأنكر الورثة . سمعتُ دعوى العبدِ على القولين ؛ لأنّه لا يصحُّ رجوعُهم في التدبير . فإن كانَ مع العبدِ شاهدانِ ذَكَرَنا على التدبير . . عتقَ مِنَ الثُلثِ . وإن لم يكن معه شاهدانِ . . حلفَ الورثة أنّهم لا يعلمون أنّ مورّثهم دبرهُ ؛ لأنّهم يحلفون على نفي فعلٍ غيرهم . فإن ادّعى الورثة أنّ مورّثهم رجَعَ في التدبير ، وأقاموا على ذلكَ شاهدينِ ذَكرين . . حُكِمَ بصحّةِ الرجوعِ . وإن أقاموا على الرجوعِ شاهداً وأمرأتين . . ففيه وجهان ، حكاها الطبريّ في « العُدّة » :

أحدهما : يُقبلُ منهم ذلكَ ؛ لأنّ القصدَ مِنْ ذلكَ إثباتُ المالِ ، فقبلُ منهم ، كما لو أقامَ ذلكَ مورّثهم .

والثاني : لا يُقبلُ منهم ؛ لأنّهم ينفون حرّيّةَ حاصلةً بموتِ السيّد .

فرعٌ : [دبر أمة ومات ولها ولد فاختلّفا] :

وإن دبرَ أمةً ومات ، ومعَ الجاريةِ ولدٌ ، فاختلّفتْ هيَ والورثة ، فقالت : ولدتُهُ بعدَ التدبيرِ ، فيتبعني في التدبيرِ - وقلنا : إنّ ولدها يتبعها - وقال الورثة : بل ولدتِهِ قبلَ التدبيرِ . فالقولُ قولُ الورثة معَ أيمانهم ؛ لأنّ الأصلَ في الولدِ الرّق .

وإن مات السيّد وفي يدها مالٌ ، فقالت : كسبتهُ بعدَ موتِ السيّد فهوَ لي ، وقال الورثة : بل كسبتهُ قبلَ موتهِ فهوَ لنا ، ولا بَيِّنَةٌ . فالقولُ قولُ المدبرة معَ يمينها ؛ لأنّ الأصلَ عدمُ ملكِ الورثة على المالِ .

فَإِنْ أَقَامَ الْوَرِثَةُ بَيِّنَةً عَلَى الْمَالِ أَنَّهَا كَسَبَتْهُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ ، وَأَقَامَتِ الْجَارِيَةُ بَيِّنَةً أَنَّهَا كَسَبَتْهُ بَعْدَ مَوْتِهِ . . قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْجَارِيَةِ ؛ لِأَنَّ يَدَهَا عَلَيْهِ .

وَأِنْ أَقَامَ الْوَرِثَةُ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْمَالَ كَانَ فِي يَدِهَا فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ ، فَقَالَتِ الْجَارِيَةُ : لَمْ يَكُنْ لِي وَإِنَّمَا أَفْدَتْهُ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ . . فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا^(١) ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ إِنَّمَا شَهِدَتْ لَهَا بِالْيَدِ وَقَدْ يَكُونُ فِي يَدِهَا لِغَيْرِهَا .

مَسْأَلَةٌ : [تعلیق العتق علی صفة كالتدبير] :

وَيَجُوزُ تَعْلِيقُ الْعَتَقِ عَلَى صِفَةٍ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ إِنْ كَلَّمْتَ فَلَانًا فَأَنْتَ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ عَتَقٍ عَلَى صِفَةٍ ، فَهُوَ كَالْتَدْبِيرِ .

فَإِنْ عَلَّقَ الْعَتَقَ عَلَى صِفَةٍ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ فَوُجِدَتِ الصِّفَةُ قَبْلَ مَوْتِهِ أَوْ قَالَ فِي صِحَّتِهِ : أَنْتَ حُرٌّ فِي مَرَضٍ مَوْتِي . . عَتَقَ مِنَ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِلَى الْإِضْرَارِ بِالْوَرِثَةِ ، فَكَانَ مِنَ الثَّلَاثِ كَالْمَدْبَرِ .

وَإِنْ عَلَّقَ الْعَتَقَ عَلَى صِفَةٍ فِي الصِّحَّةِ فَوُجِدَتِ الصِّفَةُ فِي الصِّحَّةِ . . عَتَقَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ الْإِضْرَارَ بِالْوَرِثَةِ .

وَإِنْ عَلَّقَ الْعَتَقَ عَلَى صِفَةٍ فِي الصِّحَّةِ يَجُوزُ أَنْ تَوْجَدَ فِي الصِّحَّةِ ، وَيَجُوزُ أَنْ تَوْجَدَ فِي الْمَرَضِ ، فَوُجِدَتْ فِي مَرَضٍ الْمَوْتِ . . فَتَقْلَ الْبَغْدَادِيُّونَ مِنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ إِلَى إِعْتَاقِهِ فِي مَرَضٍ الْمَوْتِ ، فَلَمْ تَوْجَدْ مِنْهُ تَهْمَةٌ فِي حَقِّ الْوَرِثَةِ .

وَنَقَلَ الْمَسْعُودِيُّ [فِي « الْإِبَانَةِ »] فِي ذَلِكَ قَوْلَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : هَذَا .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ ثُلُثِ التَّرَكَةِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَلَيْسَ بِمَشْهُورٍ .

وَإِنْ قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ صِحَّتِي الْمُتَّصِلِ بِمَرَضٍ مَوْتِي . .

(١) فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةٍ : (وَلَوْ لَمْ تَقُمْ الْجَارِيَةُ بَيِّنَةً بِذَلِكَ) .

فَقَدْ قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا الْمَتَأَخِّرِينَ : إِنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ تَقَدَّمَ عَلَى مَرَضِ الْمَوْتِ .

وَالَّذِي يَقْتَضِي الْمَذْهَبُ عِنْدِي : أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْ ثُلْثِ التَّرَكَةِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ صِفَةٌ لَا تَوْجَدُ إِلَّا بِمَرَضِ الْمَوْتِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ : إِذَا مَرَضْتُ فَأَنْتَ حُرٌّ .

فَرَعُ : [عَلَّقَ عَتَقَهَا عَلَى صِفَةٍ ثُمَّ حَمَلَتْ وَوَلَدَتْ] :

وَأِنْ عَلَّقَ عَتَقَ أُمَةً عَلَى صِفَةٍ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ حُرَّةٌ ، ثُمَّ حَمَلْتَ بَوْلِدٌ وَوَلَدْتَهُ قَبْلَ وُجُودِ الصِّفَةِ . . فَهَلْ يَتَّبِعُهَا الْوَلَدُ إِذَا وَجِدْتَ الصِّفَةَ فِي الْعَتَقِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْمَدْبَرَةِ . وَلَسْنَا نَرِيدُ : أَنَّهُ تَنَعَّقُدُ لِلْوَلَدِ تِلْكَ الصِّفَةُ حَتَّى إِذَا دَخَلَ الدَّارَ عَتَقَ ، وَإِنَّمَا نَرِيدُ بِهِ : أَنَّهُ يَتَّبِعُهَا فِي حَكْمِ الصِّفَةِ ، وَهُوَ أَنَّ الْأُمَّ إِذَا دَخَلَتْ الدَّارَ . . عَتَقَتْ وَعَتَقَ الْوَلَدُ مَعَهَا .

فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ أَوْ مَاتَ قَبْلَ وُجُودِ الصِّفَةِ . . بَطُلَتِ الصِّفَةُ فِي الْأُمِّ ، وَبَطَلَ حَكْمُهَا فِي الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ الصِّفَةَ إِذَا بَطُلَتْ . . بَطَلَ حَكْمُهَا ، بِخِلَافِ وَلَدِ الْمَدْبَرَةِ ، فَإِنَّ الْأُمَّ إِذَا مَاتَتْ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ . . لَمْ يَبْطُلْ ذَلِكَ فِي الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَّبِعُهَا فِي التَّدْبِيرِ .

فَرَعُ : [عَلَّقَ الْعَتَقَ إِلَى مَا بَعْدَ مَوْتِهِ بَعَشْرَ سَنِينَ] :

فَإِنْ قَالَ لِأُمَّتِهِ : أَنْتِ حُرَّةٌ بَعْدَ مَوْتِي بَعَشْرَ سَنِينَ ، فَأَنْتِ بَوْلِدٌ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ وَقَبْلَ أَنْقِضَاءِ الْعَشْرِ . . قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : (يَتَّبِعُهَا الْوَلَدُ) .

فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ كَالَّذِي يَأْتِي بِهِ بَعْدَ عَقْدِ الصِّفَةِ وَقَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَتَّبِعُهَا هَاهُنَا قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ سَبَبَ عَتَقِهَا قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ؛ لِأَنَّ لِلْسَّيِّدِ إِبْطَالَهُ بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهَا ، وَبَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ سَبَبُ عَتَقِهَا مُسْتَقَرٌّ ؛ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ لِأَحَدٍ إِلَى إِبْطَالِهِ ، فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الْوَلَدِ ، فَيَتَّبِعُهَا وَلِذَا قَوْلًا وَاحِدًا .

قَالَ الْمُحَاوِلِيُّ : وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ هَذَا الْقَائِلِ أَنَّ الْوَلَدَ هَاهُنَا يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، كَمَا يَعْتَقُ وَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ .

فرعٌ : [تعليق العتق يمنع الفسخ] :

إذا عُلّقَ عتقُ عبده على صفةٍ . . لم يملك فسخه بالقول ؛ لأنّ ذلك ليس بوصيّة فلا يملك رفعه بالفسخ .

فإن باعه أو وهبه . . صحّ ؛ لأنّه ملكه . فإن رجع إليه ملكه . . فهل يعود حكم الصفة ؟ فيه قولان بناءً على القولين فيمن عُلّقَ طلاقُ امرأته على صفةٍ ، فبانث منه ، ثم تزوّجها .

وإن دبّر عبده فباعه ، ثم رجع إليه ، فإن قلنا : إنّ التدبير وصيّة . . لم يعد التدبير . وإن قلنا : إنّ عتق بصفة . . فهل تعود الصفة ؟ على القولين .

فرعٌ : [دبر عبيد يزیدان عن الثلث فيقرع بينهما] :

وإن قال لعبدین له أنتما حرّان بعد موتي ولم يحتمل الثلث إلا أحدهما . . أقرع بينهما .

وإن دبّر أحدهما بعد الآخر . . ففيه وجهان ، حكاها ابن اللّبان^(١) :

أحدهما : يقرع بينهما ؛ لأنّ عتقهما وقع في حالة واحدة .

والثاني : يقسم الثلث بينهما ؛ لأنّه علم أنّه أراد أن يوقع لكل واحد منهما حرّة لا محالة .

ولو قال لجارية له في صحته لا مال له غيرها : هذه أمّ ولدي أو مدبرتي أو حرّة ، ومات قبل أن يبيّن . . عتق ثلثها ؛ لأنّه اليقين .

وإن قال لعبدین له : أنتما حرّان أو مدبران ، ثم مات قبل أن يبيّن . . كانا مدبرين .

وبالله التوفيق

* * *

(١) في حاشية نسخة : (عن ابن سريج) .

کتاب الکاتب

كتاب المكاتب (١)

الْكِتَابَةُ هِيَ : العتقُ على مالٍ يُؤَدِّيهِ الْمَكَاتِبُ فِي نَجْمَيْنِ أَوْ نَجُومٍ .
 قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : وَأَصْلُهَا مُشْتَقٌّ مِنَ الْكُتْبِ ، وَ (الْكُتْبُ) هُوَ : الضَّمُّ وَالْجَمْعُ ،
 يُقَالُ : كُتِبَتِ الْقِرْبَةُ : إِذَا ضُمَّتَ رَأْسَهَا ^(٢) .
 وَسُمِّيَتِ الْكِتَابَةُ بِذَلِكَ ؛ لِانْضِمَامِ بَعْضِ الْجَيْشِ إِلَى بَعْضٍ . وَسُمِّيَ الْخَطُّ كِتَابَةً ؛
 لِضَمِّ بَعْضِ الْحُرُوفِ إِلَى بَعْضٍ .
 وَسُمِّيَ هَذَا الْعَقْدُ كِتَابَةً ؛ لِضَمِّ بَعْضِ النُّجُومِ إِلَى بَعْضٍ . وَ (النُّجُومُ) هِيَ :
 الْأَوْقَاتُ الَّتِي يَحِلُّ بِهَا مَالُ الْكِتَابَةِ . وَإِنَّمَا سُمِّيَتْ نَجُومًا ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ كَانَتْ لَا تَعْرِفُ
 الْحِسَابَ ، وَإِنَّمَا تَعْرِفُ الْأَوْقَاتِ بِطُلُوعِ النُّجُومِ ^(٣) ، فَسُمِّيَتْ الْأَوْقَاتُ نَجُومًا .
 وَالْأَصْلُ فِي جَوَازِ الْكِتَابَةِ : قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ بِمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ
 فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ [النور : ٣٣] .
 وَمِنْ السَّنَةِ : مَا رَوَى سَهْلُ بْنُ حَنِيفٍ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَعَانَ غَارِمًا أَوْ

(١) الْمَكَاتِبُ : هُوَ مَنْ يَجْمَعُ الْمَالَ وَيُضَمُّ بَعْضُهُ إِلَى بَعْضٍ . وَالْكِتَابَةُ - بِكسر الكاف وقيل : بفتحها
 كَالِثِقَاتَةِ - لُغَةٌ : الضَّمُّ وَالْجَمْعُ ، لِأَنَّ فِيهَا ضَمَّ نَجْمٍ إِلَى نَجْمٍ ، وَهِيَ إِعْتَاقُ السَّيِّدِ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ
 فِي ذِمَّتِهِ يُؤَدِّي مُوْجَلًا . وَشَرْعًا : هِيَ عَقْدٌ بِلَفْظِ الْكِتَابَةِ عَلَى عَوْضٍ مَعْلُومٍ مِنْجُمٍ بِنَجْمَيْنِ فَأَكْثَرٍ .
 وَهِيَ مُسْتَحْبَةٌ إِذَا سَأَلَهَا الْعَبْدُ وَكَانَ مَأْمُونًا مَكْتَسِبًا . وَهِيَ مَعْدُولَةٌ عَنِ الْقِيَاسِ ؛ لِأَنَّهَا بَيْعُ مَالِهِ
 آدَاءً ، وَهِيَ خَارِجَةٌ عَنِ قَوَاعِدِ الْمَعَامَلَاتِ لِدَوْرَانِهَا بَيْنَ السَّيِّدِ وَرَقِيقِهِ . وَأَرْكَانُهَا أَرْبَعَةٌ : سَيِّدٌ ،
 وَمَكَاتِبٌ ، وَعَوْضٌ ، وَصِيفَةٌ .

(٢) أَيْ بِضَمِّ جَانِبَيْهَا بِالْخَرْزِ وَالْخِيطِ . وَالْكَتْبُ : مَوْضِعُ الْخَرْزِ جَمْعُهَا كُتْبٌ . قَالَ ذُو الرِّمَّةِ :

مَشْلُشٌ ضَيَّعْتُهُ بَيْنَهَا الْكُتُبُ

(٣) وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ نَجْمًا مَنَازِلُ الْقَمَرِ .

غَارِيًّا أَوْ مُكَاتِبًا فِي كِتَابَتِهِ . . أَظَلَّهُ اللَّهُ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ» ^(١) .

وقال ﷺ : « الْمُكَاتِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ أَلْفِ كِتَابَةٍ » ^(٢) .

وروت أم سلمة : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مُكَاتِبٌ ، وَكَانَ عِنْدَهُ مَا يُؤَدِّي . . فَلْتُخْتِجِبْ عَنْهُ » ^(٣) .

قال الشافعي رحمه الله : (إِنَّمَا أَمْرُهُنَّ بِالاحتِجَابِ عَنْهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ تَعْظِيمًا لِّشَأْنِهِنَّ ، كَمَا أَمْرُهُنَّ اللَّهُ أَنْ يَحْتَجِبْنَ مِمَّنْ جَعَلَهُنَّ أَهْمَاتٍ لَهُمْ وَحَرَمَهُنَّ عَلَيْهِمْ ، وَهُنَّ جَمَاعَةُ الْمُسْلِمِينَ . وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَمْرُهُنَّ بِذَلِكَ لِقُرْبِ عِتْقِهِمْ بِالْأَدَاءِ ، كَمَا أَسْتُجِبُّ الْاحتِجَابُ مِنَ الْمَرَاهِقِ لِقُرْبِ بُلُوغِهِ) .

وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى جَوَازِ الْكِتَابَةِ ^(٤) .

(١) أخرجه عن سهل بن حنيف أحمد في « المسند » (٤٨٧ / ٣) ، والحاكم في « المستدرک » (٨٩ / ٢ و ٩٠ و ٢١٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٣٢٠ / ١٠) في المكاتب . قال الحاكم : صحيح ولم يخرجاه ، ولم يوافقه الذهبي لأن فيه عمرو بن ثابت متروك .

(٢) أخرجه من طرق عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما أبو داود (٣٩٢٦) وبنحوه (٣٩٢٧) في العتق ، والترمذي (١٢٦٠) في البيوع ، والنسائي في « الكبرى » (٥٠٢٦) و (٥٠٢٧) ، وابن ماجه (٢٥١٩) في العتق ، والطبراني في « مسند الشاميين » (٢٤٣١) ، والدارقطني في « السنن » (١٢١ / ٤) ، والحاكم في « المستدرک » (٢١٨ / ٢) ، والبيهقي بلفظه في « السنن الكبرى » (٣٢٣ / ١٠ - ٣٢٤) في المكاتب وفيه : « من كاتب عبده على مئة » و : « أيما عبد كاتب على مئة » و : « أيما عبد كُتِبَ على . . . » .

قال الترمذي : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ ، وَالْعَمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ ، وَفِي طَرِيقِ الطَّبْرَانِيِّ ضَعِيفٌ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٣) أخرجه عن أم سلمة أم المؤمنين رضي الله عنها أحمد في « المسند » (٢٨٩ / ٦) ، والحميدي في « المسند » (٢٨٩) ، وأبو داود (٣٩٢٨) في العتق ، والترمذي (١٢٦١) في البيوع ، والنسائي في « الكبرى » (٥٠٢٨) وما بعده ، وابن ماجه (٢٥٢٠) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٣٢٧ / ١٠) في المكاتب . قال الترمذي : حسن صحيح ، ومعنى هَذَا الْحَدِيثِ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى التَّوَرُّعِ ، وَقَالُوا : لَا يَعْتَقُ الْمَكَاتِبُ وَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ مَا يُؤَدِّي حَتَّى يُؤَدِّي . وفيه : « إِذَا كَانَ عِنْدَ مَكَاتِبٍ إِحْدَاكُنَّ . . . » .

(٤) قال ابن المنذر في « الإجماع » (٥٧٩) : وَأَجْمَعُوا أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى مَا يَجُوزُ مِمَّا لَهُ عَدَدٌ أَوْ وَزَنٌ أَوْ كَيْلٌ مَعْلُومٌ عَلَى نَجْمٍ مَعْرُوفَةٍ مِنْ شُهُورِ الْعَرَبِ أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ .

إِذَا ثَبِتَ هَذَا : فَإِنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَصَحُّ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ . فَإِنْ كَاتَبَ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ عَبْدَهُ . . لَمْ تَصَحَّ الْكِتَابَةُ .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ : (تَصَحُّ كِتَابَةُ الصَّبِيِّ الْمُمَيَّرِ لِعَبْدِهِ) .

دَلِيلُنَا : قَوْلُهُ ﷺ : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ : عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَعَنِ الْتَائِمِ حَتَّى يَسْتَنْقِظَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفَيْقَ » .

وَلأنَّهُ غَيْرُ مَكْلُفٍ ، فَلَمْ تَصَحَّ كِتَابَتُهُ ، كَالْمَجْنُونِ .

وإنَّ كَاتَبَ رَجُلٌ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ أَوْ الْمَجْنُونَ . . لَمْ تَصَحَّ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، فَلَمْ تَصَحَّ مَعَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، كَالْبَيْعِ .

مَسْأَلَةٌ : [يَشْتَرَطُ فِي الْمَكَاتِبِ الْاِكْتِسَابُ وَالْأَمَانَةُ] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ : (وَأَظْهَرُ مُعَانِي الْخَيْرِ فِي الْعَبْدِ بَدَلَالَةُ الْكِتَابِ : الْاِكْتِسَابُ وَالْأَمَانَةُ) .

وَجَمَلُهُ ذَلِكَ : أَنَّ الْعُلَمَاءَ اأَخْتَلَفُوا فِي الْخَيْرِ الْمُرَادِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ [النور : ٣٣] .

فَذَهَبَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِالْخَيْرِ هَاهُنَا هَوَ : الْاِكْتِسَابُ وَالْأَمَانَةُ ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ .

وَحُكِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ^(١) ، وَابْنِ عُمرَ ، وَعَطَاءٍ ، وَمُجَاهِدٍ^(٢) : (أَنَّ الْخَيْرَ هَاهُنَا هَوَ الْاِكْتِسَابُ لَا غَيْرَ) .

وَحُكِيَ عَنِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ^(٣) ، وَالثَّوْرِيِّ : أَنَّهُمَا قَالَا : هَوَ الْأَمَانَةُ وَالَّذِينَ خَاصَّةٌ .

(١) أَخْرَجَ خَيْرُ ابْنِ عَبَّاسٍ بِالْفَافِ مُتَقَارِبَةً عَبْدَ الرَّزَّاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » (١٥٧٧٠) ، وَابْنُ حَزْمٍ فِي « الْمَحَلِيِّ » (٢٢٢/٩) ، وَابْنُ بَيْهَقٍ فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » (٣١٧/١٠ وَ ٣١٨) فِي الْمَكَاتِبِ .

(٢) أَخْرَجَ أَثَرُ مُجَاهِدٍ عَبْدَ الرَّزَّاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » (١٥٥٧١) ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي « الْمَصْنَفِ » (٣٤٠/٥) فِي الْبُيُوعِ .

(٣) أَخْرَجَهُ عَنِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ عَبْدَ الرَّزَّاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » (١٥٥٧٤) ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي =

دليلنا : أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى ذَكَرَ الْخَيْرَ فِي مَوَاضِعَ مِنْ كِتَابِهِ وَأَرَادَ بِهِ الْمَالَ ، وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ ﴾ [البقرة : ١٨٠] وَأَرَادَ بِهِ : إِنْ تَرَكَ مَالًا .

وكذلك قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ﴾ [العاديات : ٨] وَأَرَادَ بِهِ : الْمَالَ .

وذكر في مواضع أُخَرَ الْخَيْرَ وَأَرَادَ بِهِ الدِّينَ ، وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴾ [الزلزلة : ٧] يعني : عملاً صالحاً .

فَإِذَا كَانَ الْخَيْرُ يَقَعُ عَلَيْهِمَا . حملناه هاهنا عليهما ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْكِتَابَةِ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِاجْتِمَاعِهِمَا .

فَإِذَا اجْتَمَعَ فِي الْعَبْدِ الْكَسْبُ وَالْأَمَانَةُ ، وَسَأَلَ سَيِّدُهُ أَنْ يَكَاتِبَهُ . . اسْتَحَبَّ لَهُ أَنْ يَكَاتِبَهُ ؛ لِلآيَةِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ ذَلِكَ . وَبِهِ قَالَ كَافَّةُ الْعُلَمَاءِ .

وَحَكِي عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَالضَّحَّاكِ ، وَدَاوُدَ : أَنَّهُمْ قَالُوا : (يَجِبُ عَلَيْهِ ذَلِكَ) .

دليلنا : أَنَّهُ عَتَقَ لَمْ يَتَقَدَّمْ وَجُوبُهُ ، فَلَا يَجِبُ بَطْلِبِ الْعَبْدِ ، كَالْعَتَقِ فِي غَيْرِ الْكِتَابَةِ . وَإِنْ طَلَبَ السَّيِّدُ أَنْ يَكَاتِبَ الْعَبْدَ فَكِرَهُ الْعَبْدُ . . لَمْ يُجِبِرِ الْعَبْدُ عَلَى الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَى مَالٍ ، فَلَمْ يُجِبِرِ الْعَبْدُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ لَهُ : إِنْ أَذَيْتَ إِلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ . . فَإِنَّهُ لَا يُجِبِرُ عَلَى أَدَائِهِ .

وَإِنْ عُدِمَ الْكَسْبُ وَالْأَمَانَةُ فِي الْعَبْدِ . . لَمْ تُسْتَحَبَّ كِتَابَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ بِالْكِتَابَةِ مَعَ فَقْدِهِمَا ، وَلَا تَكْرَهُ كِتَابَتُهُ .

وَقَالَ أَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ : (تَكْرَهُ كِتَابَتُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ ، كَمَا تَكْرَهُ مَخَارَجَةُ الْأَمَةِ الَّتِي لَا كَسْبَ لَهَا) .

دليلنا : أَنَّهُ تَعْلِيقُ عَتَقٍ بِصَفَةٍ ، فَلَا يَكْرَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ لَهُ كَسْبٌ . وَيُخَالِفُ الْأَمَةَ ، فَإِنَّ ذَلِكَ رَبَّمَا دَعَاها إِلَى الزَّنا ، وَلِأَنَّ الْمَخَارَجَةَ لَيْسَ فِيهَا تَحْصِيلُ الْعَتَقِ ، وَهَاهُنَا رَبَّمَا

حصلَ له مالُ الكتابةِ ممَّا يَخْصُهُ مِنَ الزَّكَاةِ ، فَأَفْتَرَقَا .

وإنْ كَانَتْ لَهُ أَمَانَةٌ بِلا كَسْبٍ . . فهل تُسْتَحَبُّ كِتَابَتُهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : تُسْتَحَبُّ ؛ لِأَنَّهُ رَبَّمَا حَصَلَ مَالُ الْكِتَابَةِ مِنَ الصَّدَقَاتِ .

وَالثَّانِي : لَا تُسْتَحَبُّ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ [النور : ٣٣] وَقَدْ دَلَّلْنَا عَلَى أَنَّ الْخَيْرَ هَاهُنَا : هُوَ الْكَسْبُ وَالْأَمَانَةُ ، وَقَدْ قُدِّمَ أَحَدُهُمَا .

فَعَلَى هَذَا أَيْضًا : لَا تَكْرَهُ كِتَابَتُهُ .

فِرْعُ : [لَا يَكْتَابُ مِنْ لَا يَكْتَسِبُ] :

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدًا أَجِيرًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْاِكْتِسَابُ . وَلَا تَصَحُّ كِتَابَةُ الْعَبْدِ الْمَوْقُوفِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْتَقُ بِالْمُبَاشَرَةِ ، فَلَا يَعْتَقُ بِالْمَكَاتِبَةِ .

وَلَا تَصَحُّ كِتَابَةُ الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْرُضٌ لِلْبَيْعِ فِي الرِّهْنِ . وَتَصَحُّ كِتَابَةُ الْعَبْدِ الْمُعَارِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مِلْكِ الْمُعِيرِ .

وَتَصَحُّ كِتَابَةُ الْمَدْبَرِ كَمَا يَجُوزُ^(١) عَتَقُهُ ، فَإِنْ أَدَّى الْمَالَ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ . . عَتَقَ بِالْكِتَابَةِ . وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ الْأَدَاءِ وَخَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ . . عَتَقَ بِالتَّدْيِيرِ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ . . عَتَقَ مِنْهُ مَا أَحْتَمِلُهُ الثُّلْثُ وَبَقِيَ الْبَاقِي عَلَى الْكِتَابَةِ .

وَتَصَحُّ كِتَابَةُ أُمِّ الْوَلَدِ كَمَا يَصَحُّ عَتَقُهَا ، فَإِنْ أَدَّتِ الْمَالَ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ . . عَتَقَتْ بِالْكِتَابَةِ ، وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ الْأَدَاءِ . . عَتَقَتْ بِالْاِسْتِيلَادِ .

مَسْأَلَةٌ : [أَشْتَرَا قَوْلَ السَّيِّدِ إِنْ أُدِيَتْ فَأَنْتَ حُرٌّ] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَا يَعْتَقُ حَتَّى يَقُولَ فِي الْكِتَابَةِ : فَإِذَا أُدِيَتْ فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ يَقُولَ بَعْدَ ذَلِكَ : إِنَّ قَوْلِي : كَاتِبَتَكَ كَانَ مَعْقُودًا عَلَى أَنَّكَ إِذَا أُدِيَتْ ، فَأَنْتَ حُرٌّ) .

(١) فِي (م) : (يَصَحُّ) .

وجملة ذلك : أَنَّ الكتابةَ تشتملُ على معاوضةٍ وصفةٍ ، (فالمعاوضةُ) قوله : كاتبُك على كذا . و (الصفةُ) قوله : فإذا أدَّيتَ فأنت حرٌّ .

فإذا قال ذلك ، أو قال : كاتبُك على كذا ، ونوى به العتقَ . . كان صريحاً .
وإن قال : كاتبُك على كذا ، ولم يقل : فإذا أدَّيتَ فأنت حرٌّ ، ولا نوى ذلكَ . .
فقد نصَّ هاهنا : (أنه لا يعتقُ) ، ونصَّ في المدبَّر : (أنه إذا قال : دبَّرتُك ، ولم يقل : إذا متُّ فأنت حرٌّ ولا نواه . . أنه يصيرُ مدبَّراً) .
وآختلف أصحابنا فيهما على طريقين ، مضى ذكرُهما في التدبير .

مسألة : [مكاتبه أحد الشريكين] :

إذا كان عبدٌ بينَ شريكين ، فكاتبه أحدهما في نصيبه منه بغيرِ إذنِ شريكه . . لم تصحَّ الكتابة .

وقال الحكمُ ، وأبْنُ أَبِي لَيْلَى ، والعنبريُّ ، والحسنُ بنُ صالح ، وأحمدُ :
(يصحُّ)

دليلنا : أَنَّ الكتابةَ تقتضي إطلاقه في الكسبِ والسفرِ لأجلِ الكسبِ ، ومِلْكُ نصفه يمنعُ عن ذلكَ ، ويمنعُ عن أن يأخذَ شيئاً من الزكاةِ ؛ لأنَّ جميعَ ما يكتسبهُ يكونُ لسيِّده نصفه فلا يدفعُ إلى سيِّده الزكاةَ ، ولأنَّه يضرُّ شريكه بذلكَ ؛ لأنَّ قيمةَ نصيبه تنقصُ ، فلم يصحَّ .

وإن كاتبه بإذنِ شريكه . . ففيه قولان :

أحدهما : لا يصحُّ . وهو اختيارُ المُزَنِّي ؛ لما ذكرناه فيه إذا كاتبه بغيرِ إذنِ شريكه .

والثاني : يصحُّ . وبه قالَ أبو حنيفةٍ إلاَّ أنَّه قالَ : (إذنه في ذلكَ يقتضي أن يؤدِّي العبدُ مالَ الكتابةِ من جميعِ كسبه ، ولا يرجعُ الآذَنُ بشيءٍ) ، وعندنا يؤدِّي مالَ الكتابةِ ممَّا يخصُّ نصيبَ سيِّده الذي كاتبه من كسبه ؛ لأنَّ المنعَ من كتابتهِ لحقُّ شريكه ، وقد زال ذلكَ بإذنه .

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا أذن له . . صار جميعه مكاتباً .
 دليلنا : أنَّ الكتابة عقد معاوضة ، فلا تسري ، كسائر العقود .

فرع : [مكاتبه من بعضه حر] :

وإن كان يملك بعض عبد ، وباقيه حر ، فكتبه على ما فيه من الرق . . صح ؛ لأنه عقد الكتابة على جميع ما فيه من الرق ، فهو كما لو كاتبه على جميعه وهو رقيق ، ولأنَّ حرَّية باقيه لا تمنع شيئاً من مقصود الكتابة ، فلم تمنع صحَّتها .

وإن كان العبد له فكتبه على بعضه . . فنصَّ الشافعي رحمه الله : (أنَّه لا يصح) .

فمن أصحابنا من قال : إذا قلنا : إنَّه يصح أن يكتب نصيبه في العبد المشترك بإذن شريكه . . صح هاهنا أيضاً ؛ لأنَّ اتَّفاقهما على كتابة بعضه كاتفاق الشريكين .

وقال أكثر أصحابنا : لا يصح هاهنا قولاً واحداً ؛ لأنه إذا كاتبه على نصفه . . لم يعتق حتَّى يؤدِّي ضعف مال الكتابة ؛ لأنه يحتاج أن يؤدِّي إليه النصف بحكم النصف الرقيق ، ولأنَّه إذا أدَّى مال الكتابة . . عتق جميعه ؛ لأنَّ العتق يسري في الملك ولا يتبعض ، فيؤدِّي كتابة نصفه ويعتق جميعه ، وذلك خلاف مقتضى العقد ، فلم يصح العقد .

فرع : [وصى بمكاتبه عبده] :

وإن أوصى بكتابة عبده . . صحَّت الوصية ؛ لأنَّ الكتابة عقد يتعلَّق بها حقُّ الله تعالى وحقُّ آدمي . وتعتبر قيمة العبد من الثلث . فإن كان قد قدر المال الذي يكتب عليه . . كُوتِبَ عليه ، سواء كان أقلَّ من قيمته أو أكثر . وإن لم يقدر ذلك . . كُوتِبَ على ما جرى العرف بكتابة مثله ؛ لأنَّ العرف أنَّ العبد يكتب على أكثر من قيمته . فإن لم يختَر العبد ذلك . . لم يُجِبْ عليه ، كما أنَّه لا يُجِبْ على قبول الوصية ، فإن طلب بعد ذلك . . لم يُجب إليها ؛ لأنَّ الموصى له إذا ردَّ الوصية . . سقطت في حقه ويوفَّر الثلث على باقي أهل الوصايا .

وإن لم يحتمل الثلث جميع قيمة العبد.. فنصّ الشافعي رحمه الله : (أنه يكاتب منه القدر الذي يحتمله الثلث) .

وأختلف أصحابنا فيه : فمنهم من قال : في هذا قولان ، كما لو كاتب نصيبه من العبد المشترك بإذن شريكه . فنصّ هاهنا على أحدهما .

وقال أكثرهم : يصح هاهنا قولاً واحداً .

والفرق بينهما : أنا إنمّا منعنا المكاتب في بعض المشترك لما يلحق الشريك من الضرر ، وهاهنا لا ضرر على الورثة ؛ لأنهم ملكوه وقد لزمتهم مكاتبته ، ولأنّ الكتابة في العبد المشترك غير مستحقة ، والوصية في الكتابة أستحقت ، فإذا تعذرت في جميعه.. بقي الاستحقاق في بعضه .

فإذا قلنا بهذا : وأوصى أن يكاتب عبده على مئة وقيمته مئة ولا مال له غيره ، أو كاتبه في مرض موته على مئة وقيمته مئة ولا مال له غيره.. صحّت الكتابة في ثلثيه بحصته من مال الكتابة .

وهل تزداد التركة إذا أذى المكاتب مال الكتابة ؟ حكى المحاملي في « التجريد » فيه قولين :

أحدهما - وهو المشهور - : أنّ التركة لا تزداد بذلك ؛ لأنّ التركة ما يخلفها الميّت ، ومال الكتابة حصل للورثة بعد موت السيّد من ملكهم ، فهو كثمر البستان وولد الجارية بعد الموت .

والثاني - وهو اختيار المحاملي - : أنّ التركة تزداد بذلك ؛ لأنّ هذا المال إنمّا استُفيد بعقد الكتابة ، وعقد الكتابة وجب تنفيذه بوصية الميّت ، فكان كالمال الذي استُفيد بسبب من جهة الميّت .

فإذا قلنا بهذا : دخله الدور ، وهو : أنّه إذا كاتبه على مئة في مرض موته وقيمته مئة.. قيل للمكاتب : إن عجلت مال الكتابة.. جازت الكتابة في نصفك بنجمين ، فحصل للورثة نصف الرقبة ونصف مال الكتابة ، وذلك مثلاً ما صحّت فيه الكتابة .

وحسابه : تجوز الكتابة في شيء من الرقبة ، وتبطل في رقبة إلا شيئاً ، ويؤدّي

المكاتبُ عما صَحَّتْ فِيهِ الْكِتَابَةُ شَيْئاً ؛ لِأَنَّ مَالَ الْكِتَابَةِ مِثْلُ قِيَمَتِهِ ، فَيَحْصُلُ لِلْوَرِثَةِ مِنَ الرِّقْبَةِ وَمَالِ الْكِتَابَةِ مِثْلُ دَرَاهِمٍ وَذَلِكَ يَعْدَلُ شَيْئِينَ - الشَّيْءُ نِصْفُ الْمِثْثَةِ - وَذَلِكَ الْجَائِزُ بِالْكِتَابَةِ .

وَإِنْ لَمْ يُعْجَلْ مَالُ الْكِتَابَةِ . . صَحَّتِ الْكِتَابَةُ فِي الْحَالِ فِي ثُلَاثِهِ بِثُلْثِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَيُسَلَّمُ إِلَى الْوَرِثَةِ ثُلَاثُهُ ، فَكُلَّمَا أَدَّى شَيْئاً زَادَ فِي الْكِتَابَةِ بِقَدْرِ نِصْفِ مَا أَدَّى حَتَّى يُوَدِّي نِصْفَ الْكِتَابَةِ فَيَسْتَوْفِي وَصِيَّتَهُ .

وَهَلْ يَرُدُّ الْوَرِثَةُ مَا أَخَذُوا مِنْ كَسْبِ سُدْسِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

الصَّحِيحُ : أَنَّهُمْ يَرُدُّونَهُ .

وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى مِثْثٍ وَخَمْسِينَ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا تَزْدَادُ التَّرَكَّةُ بِأَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ . . صَحَّتِ الْكِتَابَةُ فِي ثُلَاثِهِ بِخَمْسِينَ .

وَإِنْ قُلْنَا : تَزْدَادُ التَّرَكَّةُ بِأَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ عَجَّلَ الْمَكَاتِبُ مَا عَلَيْهِ . . جازتِ الْكِتَابَةُ فِي شَيْءٍ مِنْهُ بِشَيْءٍ وَنِصْفِ شَيْءٍ ، فَيَحْصُلُ لِلْوَرِثَةِ مِنَ الرِّقْبَةِ وَالْكِتَابَةِ مِثْلُ دَرَاهِمٍ وَنِصْفُ شَيْءٍ - وَذَلِكَ يَعْدَلُ شَيْئِينَ - فَاسْقِطْ نِصْفَ الشَّيْءِ الزَّائِدِ عَلَى الْمِثْثَةِ ، وَأَسْقِطْ بِإِزَائِهِ نِصْفَ شَيْءٍ مِنَ الشَّيْئِينَ الْمُقَابِلِينَ لَهُ . . فَيَبْقَى مِثْثَةٌ تَعْدَلُ شَيْئاً وَنِصْفَ شَيْءٍ ، الشَّيْءُ ثُلَاثُ الْمِثْثَةِ - وَذَلِكَ ثُلَاثُ الْعَبْدِ - وَهُوَ الْجَائِزُ فِي الْكِتَابَةِ بِثُلَاثِي مَالِ الْكِتَابَةِ - وَهُوَ مِثْثَةٌ - فَيَبْقَى لِلْوَرِثَةِ ثُلُثُ الرِّقْبَةِ ، وَقِيَمَتُهُ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثٌ ، وَمِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ مِثْثَةٌ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا صَحَّتْ فِيهِ الْكِتَابَةُ .

وَالصَّحِيحُ : أَنَّ التَّرَكَّةَ لَا تَزْدَادُ بِأَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ فِي آخِرِ الْمَسْأَلَةِ : (فَإِذَا أَدَّى . . عَتَقَ ثُلَاثُهُ وَرَقٌّ ثُلَاثُهُ) فَلَوْ أَزْدَادَتِ التَّرَكَّةُ بِذَلِكَ . . لَكَانَ الْعَتَقُ أَكْثَرَ مِنْ ثُلَاثِهِ .

مَسْأَلَةٌ : [الْكِتَابَةُ عَلَى مَالٍ مُؤَجَّلٍ بِنَجْمِينَ أَوْ أَكْثَرَ] :

وَلَا تَصَحُّ الْكِتَابَةُ إِلَّا بِعَوَضٍ مُؤَجَّلٍ ، وَأَقْلُ تَأْجِيلِهِ نَجْمَانِ . وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ .

وَقَالَ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ : (تَصَحُّ الْكِتَابَةُ بِعَوَضٍ حَالٍ) .

وَلَبَلْنَا : مَا رَوَى عَنْ عُمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (أَنَّهُ غَضِبَ عَلَى عَبْدِ لَهُ ، فَقَالَ :

لأَعَابِنَكَ وَلَأُكَاتِبَنَّكَ عَلَى نَجْمَيْنِ^(١) فَقَصَدَ التَّضْيِيقَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ ، وَلَوْ كَانَتِ الْكَاتِبَةُ تَصْحُحُ عَلَى أَقَلِّ مِنْ ذَلِكَ . . لَكَاتَبَهُ عَلَيْهِ .

وروي عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَنَّهُ قَالَ : (الْكَاتِبَةُ عَلَى نَجْمَيْنِ ، وَالْإِتْيَاءُ مِنَ الثَّانِي)^(٢) وَهَذَا يَقْتَضِي أَقَلَّ مَا يَجُوزُ عَلَيْهِ الْكَاتِبَةُ ؛ لِأَنَّ الْكَاتِبَةَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ نَجْمَيْنِ مَعْلُومٌ بِالْإِجْمَاعِ .

وروي : أَنَّ جَمَاعَةً مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ عَقَدُوا الْكَاتِبَةَ ، وَمَا رَوَى عَنْ أَحَدٍ مِنْهُمْ أَنَّهُ عَقَدَهَا حَالَةً ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ إِجْمَاعٌ مِنْهُمْ .

ولأنَّه إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى عَوَضٍ حَالًا ، تَوَجَّهَتْ الْمَطَالِبَةُ لِلسَّيِّدِ عَلَيْهِ بِهِ وَهُوَ مَعْسِرٌ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا ، فَيَفْسُخُ السَّيِّدُ الْكَاتِبَةَ ، فَيَبْطُلُ الْمَقْصُودُ بِالْكَاتِبَةِ .

قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ : وَلِأَنَّ الْكَاتِبَةَ مُشْتَقَّةٌ مِنْ ضَمِّ نَجْمٍ إِلَى نَجْمٍ ، وَأَقَلُّ ذَلِكَ نَجْمَانِ . أَلَا تَرَى أَنَّ الْكَاتِبَةَ بِالْخَطِّ لَا تَكُونُ الْكَلِمَةُ فِيهَا أَقَلَّ مِنْ حَرْفَيْنِ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَمِنْ شَرْطِ مَالِ الْكَاتِبَةِ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا . وَمِنْ شَرْطِ النُّجُومِ أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً ، وَمَا يُوَدَّى مِنَ الْمَالِ فِي كُلِّ نَجْمٍ مَعْلُومًا ، كَمَا نَقُولُ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ .

فِرْعُ : [الْمَكَاتِبَةُ عَلَى عَمَلٍ] :

وَيَجُوزُ أَنْ يَكَاتِبَهُ عَلَى الْعَمَلِ فِي ذِمَّتِهِ ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ عَلَى عَمَلٍ فِي ذِمَّتِهِ . فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى عَمَلَيْنِ فِي ذِمَّتِهِ . . صَحَّ ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ عَلَى ذَلِكَ .

(١) وكذا أورد خبر عثمان ابن قدامة في « المغني » (٤١٨ / ٩) في المكاتب . وأخرجه مطولاً من طريق مسلم بن أبي مريم عن رجل قال : كنت مملوكاً لعثمان البيهقي في « السنن الكبرى » (٣٢٠ / ١٠ - ٣٢١) في المكاتب ، وكذا نقله عنه المتقي الهندي في « كنز العمال » (٢٩٧٧١) ، وذكره في « تلخيص الحبير » (٢٣٨ / ٤) في الكتابة .

(٢) أوردته عن أبي تراب علي الحافظ في « تلخيص الحبير » (٢٣٩ / ٤) بلفظه ثم قال : قال ابن أبي شيبه : [وهو في « المصنف » (١٦٥ / ٥) باب : من رد المكاتب إذا عجز ، ولفظه :] [إذا تتابع على المكاتب نجمان ، فدخل في السنة فلم يؤدَّ نجومه . . رُدَّ إلى الرق] . ونحوه ما رواه ابن حزم في « المحلى » (٢٤١ / ٩) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٣٤٢ / ١٠) بلفظ : [إذا عجز المكاتب . . استسعى حولين ، فإن أدَّى ، وإلا رُدَّ في الرق] .

فرع : [المكاتبه على خدمة شهر ومال بعده] :

قال الشافعي رحمه الله : (ولا بأس أن يكتبه على خدمة شهر ودينار بعد أنقضاء الشهر) .

ولهذا ينظر فيه : فإن كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد أنقضاء الشهر بيوم أو يومين . . . صح ، ومن شرط الشهر أن يكون متصلاً بالعقد ، كما قلنا في الإجارة .
فإن قيل : فالعوض في الكتابة لا يكون حالاً . . فكيف جاز هاهنا أن يكون الشهر متصلاً بالعقد ؟

قلنا : إنما لم يَجْزُ في العوض أن يكون حالاً ؛ لأنه يتحقق عجزه عنه ، وأما الخدمة : فهو قادر عليها ، فلها جازت الكتابة عليها حالة .

وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد أنقضاء الشهر من غير فصل بينهما . . فهل يصح ؟ فيه وجهان :

قال أبو إسحاق : لا يصح ؛ لأنه يكون كتابة على نجم واحد ، فلم تصح .
وقال أبو علي بن أبي هريرة : يصح ، وهو المذهب ؛ لأن الكتابة إنما لم تصح على نجم واحد ؛ لأنه لا يقدر على تحصيله ، وهاهنا يقدر على خدمة شهر ودينار بعده ، فصحت الكتابة .

وهكذا : لو كاتبه على خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر . . صح ذلك ؛ لأن الشافعي قال في « الأتم » [٣٧٤/٧] : (إذا شرط الدينار بعد الشهر أو معه . . كان جائزاً ، وإن كاتبه على دينار وخدمة شهر بعد الدينار . . لم يصح) .

وقال أصحاب أحمد : يصح .

دليلنا : أن من شرط الشهر أن يكون متصلاً بالعقد ، ومن شرط العوض أن يكون متراحياً عن العقد بالأجل ، فإذا شرط حلول الدينار وتأجيل الشهر . . لم يصح .

قال ابن الصبّاغ : وإطلاق الخدمة يكفي ؛ لأنها معلومة بالعرف ، ويلزمه خدمة

مثله .

وَلَوْ قَالَ : عَلَىٰ مَنْفَعَةٍ شَهْرٍ . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهَا تَخْتَلَفُ .
وِإِنْ كَاتَبَهُ عَلَىٰ خِدْمَةٍ شَهْرَيْنِ . . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهُ نَجْمٌ وَاحِدٌ .

فِرْعُ : [كَاتَبَهُ عَلَىٰ دِينَارٍ بَعْدَ شَهْرٍ وَدِينَارَيْنِ بَعْدَ شَهْرَيْنِ] :

وِإِنْ كَاتَبَهُ عَلَىٰ دِينَارٍ إِلَىٰ شَهْرٍ ، وَدِينَارَيْنِ إِلَىٰ شَهْرَيْنِ ، عَلَىٰ أَنَّهُ إِذَا أَدَّى الدِّينَارَ
الْأَوَّلَ ، عَتَقَ ، وَإِذَا أَدَّى الدِّينَارَيْنِ ، فَهُوَ حُرٌّ . فَحَكَى أَبُو الْعَبَّاسِ فِيهَا قَوْلَيْنِ :
فـ [أَحَدُهُمَا] : مَنْ أَصْحَابُنَا مَنْ قَالَ : هَذَا عَقْدٌ جَمَعَ بَيْنَ شَيْئَيْنِ مُخْتَلَفِي الْأَحْكَامِ ؛
لِأَنَّهَا صَفَقَةٌ جَمَعَتْ كِتَابَةً وَعَتَقًا بِصَفْوَةٍ ، فَكَانَ فِيهَا قَوْلَانِ ، كَمَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ الْكِتَابَةِ
وَالْبَيْعِ .

و[الثاني] : مِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهَا قَوْلَانِ مُخْتَصَّانِ بِهَا :

أَحَدُهُمَا : لَا تَصْخُ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِيهَا مَا يَنَافِيهَا ؛ لِأَنَّ مَقْتَضَى الْكِتَابَةِ أَنْ يَعْتَقَ
بَعْدَ آدَاءِ جَمِيعِ مَالِهَا ، فَإِذَا شَرَطَ أَنْ يَعْتَقَ بِآدَاءِ بَعْضِهِ . . لَمْ يَصَحَّ .
وَالثَّانِي : يَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَاتَبَهُ كِتَابَةً مُطْلَقَةً فَأَدَّى بَعْضَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَأَعْتَقَهُ عَلَىٰ أَنْ
يُؤَدِّيَ الْبَاقِيَ بَعْدَ عَتَقِهِ . . صَحَّ . فَإِذَا شَرَطَ ذَلِكَ فِي الْإِبْتِدَاءِ ^(١) . . وَجِبَ أَنْ يَصَحَّ .

مَسْأَلَةٌ : [كَاتَبَ عَبْدَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةَ عَلَىٰ مِئَةِ دِرْهَمٍ] :

وِإِنْ كَاتَبَ رَجُلٌ عَبْدَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةَ أَعْبَدَ لَهُ بِمِئَةِ دِرْهَمٍ ، فِي نَجْمَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ ، بِعَقْدٍ
وَاحِدٍ . . فَنَصَّ الشَّافِعِيُّ : (أَنَّ الْكِتَابَةَ صَحِيحَةٌ ، وَتُقَسَّمُ الْمِئَةُ بَيْنَهُمْ عَلَىٰ قَدْرِ
قِيَمَتِهِمْ) .

وَنَصَّ : (أَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ بِعَقْدٍ وَاحِدٍ عَلَىٰ عَوْضٍ وَاحِدٍ . . صَحَّ النِّكَاحُ ،
وَفِي الْمَهْرِ قَوْلَانِ . وَإِنْ خَالَعَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ بِعَوْضٍ وَاحِدٍ . . صَحَّ الْخُلْعُ ، وَفِي الْعَوْضِ
قَوْلَانِ) .

(١) فِي نَسْخَةِ : (الْإِنْتِهَاء) .

قال أصحابنا : وهكذا القولان في الكتابة :

أحدهما : تصح الكتابة ويُقسَّم العوضُ المسمَّى عليهم على قدر قيمتهم . وبه قال مالك وأبو حنيفة ؛ لأنَّ جملة العوضِ معلومٌ ، وإنما يجهل ما يقابل كلَّ واحدٍ منهم ، فلم يؤثِّر ، كما لو باع رجلٌ ثلاثةً أعبد له من رجلٍ بعوضٍ .

والثاني : لا تصح الكتابة .

قال المحاملي : وهو الأشبه ؛ لأنَّ عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين ، وعقد الواحد مع الثلاثة بمنزلة ثلاثة عقود .

ولو كاتب كلَّ واحدٍ منهم بعقدٍ منفردٍ مع الجهل بالعوضِ . . لكان باطلاً ، فكذلك هذا مثله . ويخالف البيع ، فإنه إذا باع رجلٌ من رجلٍ ثلاثةً أعبد له بعوضٍ واحدٍ . . صحَّ ؛ لأنه عقدٌ واحدٌ وصفقةٌ واحدةٌ .

وهكذا : إذا باع ثلاثةً أنفسٍ ثلاثةً أعبد لهم مُشاعةً بينهم ، من رجلٍ بعقدٍ واحدٍ بثلثي واحدٍ . . صحَّ البيع قولاً واحداً ؛ لأنَّ نصيب كلَّ واحدٍ منهم يقع بثلث الثمن مُشاعاً .

وهكذا : إن باع رجلٌ ثلاثةً عبيدٍ له من ثلاثة أنفسٍ بعقدٍ واحدٍ . . صحَّ قولاً واحداً ، ويملك كلُّ واحدٍ منهم ثلث العبيد مُشاعاً .

وإن باع رجلٌ ثلاثةً عبيدٍ له ، من ثلاثة أنفسٍ بعقدٍ واحدٍ ، من كلِّ واحدٍ عبداً ، بثلثي واحدٍ ، بأن يقول : بعثك يا زيدُ هذا العبدُ ، وبعتك يا عمروُ هذا الآخرُ ، وبعتك يا خالدُ هذا الآخرُ باللف . . ففيه طريقان :

[أحدهما] : قال أبو العباس : في البيع قولان كالكتابة .

و[الثاني] : قال أبو إسحاق وأبو سعيد الإصطخري : يبطل البيع قولاً واحداً ، وقد مضى ذكرها في (البيع) .

فإذا قلنا : تصح الكتابة . . قسَّم المَالُ المسمَّى على قيمتهم وقت عقد الكتابة .

مسألة : [الشريكان في العبد يكتابه على قدر نصيبهما] :

وإن كان عبدٌ بينَ شريكين . . لم يَجْزُ لهما أَنْ يكتابهُ إلاَّ على قدرِ ملكهما ، ولا يجوزُ لهما التفاضلُ في المالِ معَ تساوي المِلِكينِ ، ولا التساوي في المالِ معَ تفاضلِ المِلِكينِ .

وقال أبو حنيفة : (يجوزُ) .

ودليلنا : أنَّ ذلكَ يودِّي إلى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر ؛ لأنَّه إذا دفعَ إلى أحدهما أكثرَ من قدرِ ملكه ، ثمَّ عجزَ . . رجعَ الآخرُ عليه بذلك .

وإن فعل أحدهما ذلكَ بإذنِ شريكه . . فاختلف أصحابنا فيه :

فمنهم من قال : فيه قولان ، كما لو كاتبه أحدهما دون الآخر بإذنِ شريكه ، وهو ظاهرُ النصِّ .

ومنهم من قال : لا يصحُّ هذا قولاً واحداً ؛ لأنَّ هاهنا يودِّي إلى أن ينتفع أحدهما بنصيبِ شريكه ، وإذا كاتبه أحدهما بإذنِ شريكه . . لم يودِّ إلى أن ينتفع أحدهما بنصيبِ شريكه ، فأفترقا .

فرعٌ : [الكتابة على شرط فاسد أو مستقبل] :

ولا تصحُّ الكتابةُ إلى شرطٍ فاسدٍ ، ولا تعليقُها على شرطٍ مستقبلٍ ؛ لأنَّها معاوضةٌ ، فلا تصحُّ على شرطٍ فاسدٍ ولا تعليقُها على شرطٍ ، كالبيع .

مسألة : [لزوم الكتابة من جهة السيد] :

وإذا صحَّت الكتابةُ . . لزمت من جهة السيد ، فلا يجوزُ له فسحُها قبلَ عجزِ المكاتبِ ؛ لأنَّه أسقطَ حقَّه منه بالعوضِ ، فهو كما لو باعهُ .

ولا تلزم الكتابةُ من جهة العبدِ ، بل يجوزُ له أن يمتنعَ من أداءِ الكتابةِ ، ولا يُجبرُ على أدائها وإن كانَ موسراً بها ؛ لأنَّ كلَّ ما لا يُجبرُ على فعله إذا لم يجعل شرطاً في

عتقه ، لم يُجبر على فعله وإن جعل شرطاً في عتقه ، كالسُّننِ في الصلاة وسائر التطوُّعات .

وللسَّيِّد أن يفسخ الكتابة بنفسه إذا عجز العبد أو امتنع من الأداء ، إلاَّ أنَّه إنَّما أسقط حَقَّهُ منه بالعوض ، فإذا تعدَّر العوضُ . . كان له أن يرجع إلى عين ماله ، كما لو باع من رجل عينا وأفلس المشتري بالثمن .

وهل يجوز للعبد أن يفسخ الكتابة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له أن يفسخ ؛ لأنَّه عقدٌ لحظه ، فملك فسخه ، كالمرتبه .

والثاني : ليس له أن يفسخ ، ولم يذكر المحاملي غيره ؛ لأنَّه لا ضرر عليه في البقاء على العقد ، ولا فائدة له في الفسخ .

والأوَّلُ أقيس ؛ لأنَّه يستفيد بالفسخ وجوب نفقته على المولى .

فإن تراضيا على الفسخ وفسخا . . صح ؛ لأنَّه عقدٌ يلحقه الفسخ بحالٍ فجاز لهما فسخه بالتراضي ، كالبيع . وفيه احتراز من الخلع^(١) .

فرعٌ : [موت السيد لا يبطل الكتابة] :

وإذا مات المولى قبل الأداء . . لم تبطل الكتابة ؛ لأنَّه لازم من جهته ، فلم تبطل بموته ، كسائر العقود اللازمة .

فإن مات العبد وقد بقي عليه شيء من مال الكتابة . . مات رقيقاً ، وكان جميع ما خلفه للمولى ، سواء خلف وفاء بما عليه أو لم يخلف .

وقال أبو حنيفة ومالك : (إن خلف وفاء عليه . . لم تنسخ الكتابة) .

إلاَّ أنَّ أبا حنيفة يقول : (إذا خلف وفاء . . أدَّى عنه مال الكتابة ، وعتق في آخر جزء من أجزاء حياته . وإن لم يخلف وفاء . . حكم الحاكم بعهزه ، وأنفسخت الكتابة) .

(١) في نسخة : (الفسخ) .

ومالكٌ يقولُ : (إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ حُرٌّ . . أَنْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ . وَإِنْ كَانَ مَمْلُوكًا لِلْمَكَاتِبِ . . أُجْبِرَ عَلَى دَفْعِ الْمَالِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ . . أُجْبِرَ عَلَى الْاِكْتِسَابِ وَالْأَدَاءِ) .

دليلنا : أَنَّهُ مَاتَ قَبْلَ أَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَأَنْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَخْلُفْ وَفَاءً .
فَإِنْ قِيلَ : إِذَا لَمْ يَبْقَ عَلَى الْمَكَاتِبِ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ إِلَّا قَدْرٌ يَسِيرٌ بِقَدْرِ الْإِيتَاءِ الَّذِي يَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ . . فَهَلَّا قُلْتُمْ إِنَّهُ يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ الْإِيتَاءُ ؟
قُلْنَا : إِنَّمَا لَمْ يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّ عَلَى السَّيِّدِ أَنْ يَفْعَلَهُ ، فَلَا يَقَعُ بِنَفْسِهِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى بِأَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ عَبْدٌ ، فَمَاتَ السَّيِّدُ ، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ قَبْلَ أَنْ يَعْتَقَ .

مَسْأَلَةٌ : [مكاتبة الذمي عبده الكافر] :

وَإِذَا كَاتَبَ الذَّمِّيُّ عَبْدَهُ الْكَافِرَ . . صَحَّتِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تَشْتَمِلُ عَلَى مُعَاوَضَةٍ وَصَفَةٍ ، وَهِيَ يَصْحَاحُ مِنَ الذَّمِّيِّ كَالْمُسْلِمِ . فَإِنْ تَرَاغَا إِلَى الْحَاكِمِ . . نَظَرَ فِي الْكِتَابَةِ :

فَإِنْ كَانَتْ صَحِيحَةً فِي شَرْعِنَا . . حَكَمَ الْحَاكِمُ بِصَحَّتِهَا ، سَوَاءً تَرَاغَا إِلَى الْحَاكِمِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ أَوْ بَعْدَهُ .

وَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً فِي شَرْعِنَا ، بِأَنْ كَاتَبَهُ عَلَى خَمْرِ أَوْ خَنْزِيرٍ وَمَا أَشْبَهَهُ ، فَإِنْ تَقَابَضَا فِي حَالِ الشَّرِكِ ، ثُمَّ تَرَاغَا إِلَى الْحَاكِمِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ أَوْ بَعْدَهُ . . لَمْ يَتَعَرَّضِ الْحَاكِمُ لِنَقْضِهَا وَلَا لَصَحَّتِهَا ، بَلْ يَحْكُمُ بِعَتَقِ الْعَبْدِ بِأَدَاءِ مَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ مَا فَعَلَاهُ فِي حَالِ الشَّرِكِ قَدْ لَزِمَ بِالْقَبْضِ .

وَإِنْ أَقْبَضَهُ ذَلِكَ بَعْدَ الْإِسْلَامِ ، ثُمَّ تَرَاغَا إِلَى الْحَاكِمِ . . حَكَمَ بِعَتَقِ الْعَبْدِ بِحَكْمِ الصَّفَةِ ، وَثَبَتَ التَّرَاجُعُ بَيْنَهُمَا ، كَالْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ .

وَإِنْ أَقْبَضَهُ بَعْضُ الْعَوَاضِ فِي حَالِ الشَّرِكِ ، ثُمَّ تَرَاغَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ . . فَإِنَّ الْحَاكِمَ يَحْكُمُ بِفَسَادِ هَذِهِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الْفَاسِدَةَ لَا يَعْتَقُ الْعَبْدُ فِيهَا بِقَبْضِ بَعْضِ الْعَوَاضِ .

إِذَا ثَبِتَ هَذَا : فلا فرقَ بينَ أَنْ يُسْلِمَا ، أَوْ يُسْلِمَ أَحَدُهُمَا فيما ذكرناه ؛ لأنَّ التغليبَ لحُكْمِ الإسلامِ .

وقالَ أبو حنيفةَ : (إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى خَمْرٍ ثُمَّ أَسْلَمَ . . لَمْ يَبْطُلِ الْعَقْدُ ، وَيُؤَدَّى إِلَيْهِ قِيمَةُ الْخَمْرِ) .

دلُّيلُنَا : أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ لَوْ عَقَدَاهُ بِخَمْرٍ أَوْ خَنْزِيرٍ . . كَانَ فَاسِدًا ، فَإِذَا أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ التَّقَابُضِ . . حُكِمَ بِفَسَادِهِ ، كَالْبَيْعِ .

مَسْأَلَةٌ : [مَكَاتِبَةُ الْحَرَبِيِّ عَبْدَهُ] :

إِذَا كَاتَبَ الْحَرَبِيُّ عَبْدَهُ . . صَحَّتِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ لَهُ مِلْكًا تَامًا . وقالَ مالِكُ : (لَا يَمْلِكُ) . وقالَ أبو حنيفةَ : (مِلْكُهُ نَاقِصٌ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ^(١) لِلْمُسْلِمِ تَمْلُكُهُ عَلَيْهِ) .

دلُّيلُنَا : قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَوْزَكْنَهُمْ أَزْوَاجَهُمْ وَيَذَرُهُمْ ﴾ [الْأَحْزَابُ : ٢٧] وَهَذِهِ إِضَافَةٌ إِلَيْهِمْ تَقْتَضِي مِلْكَهُمْ .

إِذَا ثَبِتَ هَذَا : فَإِنْ دَخَلَ دَارَ الْإِسْلَامِ مُسْتَأْمِنِينَ . . لَمْ يَتَعَرَّضِ الْحَاكِمُ لَهُمَا . فَإِنْ تَرَاغَا إِلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَتْ كِتَابَةٌ صَحِيحَةً . . أَلْزَمَهُمَا الْحَاكِمُ حُكْمَهَا . وَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً . . بَيَّنَّ لَهُمَا فَسَادَهَا .

فَإِنْ جَاءَ وَقَدْ قَهَرَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فِي دَارِ الشَّرْكِ . . فَقَدْ بَطُلَتِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ إِنْ قَهَرَ سَيِّدَهُ . . فَقَدْ مَلَكَ نَفْسَهُ ، وَبَطُلَتِ الْكِتَابَةُ . وَإِنْ قَهَرَ السَّيِّدُ الْعَبْدَ عَلَى إِبْطَالِ الْكِتَابَةِ . . فَقَدْ عَادَ رَقِيقًا ؛ لِأَنَّ دَارَ الْكُفْرِ دَارُ الْقَهْرِ وَالْإِبَاحَةِ .

وَلِهَذَا : لَوْ قَهَرَ حُرٌّ حُرًّا عَلَى نَفْسِهِ . . مَلَكَهُ . وَإِنْ قَهَرَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . . لَمْ يَصَحَّ قَهْرُهُ ، وَكَانَا عَلَى مَا كَانَا عَلَيْهِ قَبْلَ الْقَهْرِ ؛ لِأَنَّ دَارَ الْإِسْلَامِ دَارُ حَظَرٍ^(٢) لَا يُوَثِّرُ فِيهَا الْقَهْرُ إِلَّا بِالْحَقِّ .

(١) فِي (م) : (لَا يَجُوزُ) .

(٢) فِي نَسَخَتَيْنِ : (حَصْن) . الْحَفْظُ : الْمَنْعُ .

فرع : [مكاتبة المسلم عبده الكافر] :

وإن كاتب المسلم عبده الكافر.. صحح ؛ لأن ملكه صحيح عليه ، فإذا أدى إليه مال الكتابة.. عتق ، وقيل له : إن أسلمت.. فلا كلام ، وإن اخترت المقام على الكفر ، فإن أردت المقام في دار الإسلام.. فأعقد الذمة وألتزم بالجزية إن كنت ممن يجوز له عقد الذمة ، وإلا.. فألحق بدار الحرب . فإن اختار الرجوع إلى دار الحرب.. صار حرباً لنا ، فإن وقع في الأسر.. كان الإمام مخيراً فيه بين القتل والمن والفداء . ولا يجوز استرقاقه ؛ لأن في ذلك إبطال ولأئ سيده الذي ثبت له عليه بالعتق .

مسألة : [مكاتبة المرتد عبده] :

قال الشافعي رحمه الله : (ولو كاتب المرتد عبده قبل أن يقف الحاكم ماله.. كان جائزاً) .

وقال في (المدبر)^(١) : (إذا دبر عبده.. ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : يصح . والثاني : لا يصح . والثالث : أنه موقوف) .

وأختلف أصحابنا في الكتابة :

فمنهم من قال : فيها ثلاثة أقوال كالتدبير ؛ لأنه عتق بصفة كالتدبير .

ومنهم من قال : في الكتابة قولان :

أحدهما : يصح .

والثاني : لا يصح .

ولا يجيء القول بالوقف ؛ لأن الكتابة عقد معاوضة ، وعقود المعاوضات لا تقف موقوفة عندنا .

(١) كما في « الأم » (٣٥٥ / ٧) : في (تدبير أهل دار الحرب) ، وفي نسختين : (المرتد) ، وهو في « الأم » (٢٠٢ / ٤) بنحوه .

والأَوَّلُ أَصَحُّ .

إذا ثَبَتَ هذا : فإنَّ أدَى المكاتب مالَ الكتابةِ إلى سيِّدهِ المرتدِّ ، فإنَّ كانَ قَبْلَ أنْ يقفَ الحاكمُ مالُهُ ويَحْجَرَ عليه . . ففي صَحَّةِ الأداءِ ثلاثةُ أقوالٍ بناءً على الكتابةِ :
فإنَّ قلنا : إنَّ الكتابةَ صحيحةٌ . . صحَّ الأداءُ وعتقَ العبدُ .

وإنَّ قلنا : إنَّ الكتابةَ باطلةٌ . . لم يصحَّ الأداءُ ولم يعتقِ العبدُ ؛ لأنَّ عدمَ الصَّحَّةِ لعدمِ المِلِكِ ، وذلكَ مانعٌ مِنْ صَحَّةِ العتقِ ، فهو كما لو كاتبَ الصبيَّ عبدهُ .

وإنَّ قلنا : إنَّها موقوفةٌ . . وقَفَ الأداءُ . فإنَّ عادَ إلى الإسلامِ صحَّ الأداءُ وعتقَ العبدُ . وإنَّ ماتَ أو قُتِلَ على الرِّدَّةِ . . لم يصحَّ الأداءُ ولم يعتقِ العبدُ .

وإنَّ كانَ الأداءُ بعدَ أنْ وقفَ الحاكمُ مالُهُ وحَجَرَ عليه ، فإنَّ قلنا : إنَّ الكتابةَ صحيحةٌ . . فالأداءُ غيرُ صحيحٍ لأجلِ الحَجْرِ ، فإنَّ كانَ المالُ باقياً في يدِ السيِّدِ . . أَسْرَجَعُهُ مِنْهُ ورفَعَهُ إلى الحاكمِ وعتقَ . وإنَّ كانَ تالِفاً . . لم يرجعِ المكاتبُ على سيِّدهِ بشيءٍ ؛ لأنَّه فرَطَ بالدفعِ إليه ، وطالبَ الحاكمُ المكاتبَ بمالِ الكتابةِ ، فإنَّ أدَّاهُ . . عتقَ . وإنَّ عجزَ . . عادَ رقيقاً . فإنَّ أسلمَ السيِّدُ قَبْلَ أنْ يعتقَ العبدُ . . احتسبَ للعبدِ بما كانَ دفعَهُ إليه في حالِ الرِّدَّةِ .

فإنَّ قيلَ : أليسَ لو دَفَعَ إلى المحجورِ عليه لِسْفِهِ مالاً فأَتلفَهُ ، لم يضمنْ ، وإذا زالَ الحَجْرُ ، لم يُحتسبَ عليه به ؟

قلنا : الفرقُ بينهما : أنَّ السفيهَ حُجِرَ عليه لحفظِ مالِهِ ، فَلَوِ احتسبَ عليه بما قَبَضَهُ في حالِ الحَجْرِ . . سقطتْ فائدةُ الحَجْرِ ، والمرتدُّ حُجِرَ عليه لِحَقِّ المسلمينَ في مالِهِ ، فإذا عادَ إلى الإسلامِ . . سقطَ حقُّهم مِنْ مالِهِ .

وإنَّ قلنا : إنَّ الكتابةَ فاسدةٌ . . لم يعتقِ العبدُ بالأداءِ .

وإنَّ قلنا : إنَّ الكتابةَ موقوفةٌ . . فإنَّ الأداءَ لا يصحُّ ، كما إذا قلنا : إنَّها صحيحةٌ . . ويسترجعُهُ الحاكمُ إنَّ كانَ صحيحاً باقياً .

فرع : [ارتداد العبد وقت مكاتبته] :

وإن ارتدَّ العبدُ بِمُكَاتَبَةٍ^(١) سيِّده . . صحَّتْ كتابتُهُ ؛ لأنَّه يصحُّ بيعُهُ له وعتقه ، ثمَّ ينظرُ فيه ، فإنَّ أسلمَ . . كانَ حكمُهُ حكمَ المكاتبِ المسلمِ . وإنَّ لم يُسلم . . نظرتَ : فإنَّ أدَّى مالَ الكتابةِ . . عتقَ وطولبَ بالإسلامِ ، فإنَّ لم يُسلم . . قُتِلَ ، وكانَ ما بقيَ في يدهِ فينأى ، كالحُرِّ المرتدِّ .
وإنَّ لم يؤدِّ مالَ الكتابةِ وقُتِلَ^(٢) أو ماتَ على الرَّدَّةِ . . كانَ ما بيدهِ لسيِّدهِ ؛ لأنَّ بقتلهِ أو بموتهِ أنفستِ الكتابةُ ، فكانَ ما بيدهِ لسيِّدهِ .

وبالله التوفيقُ

* * *

(١) في نسخة : (ثم كاتبه) .

(٢) في نسخة : (وإن لم يرد مال الكتابة وعتق) .

باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه

والمكاتب في البيع والشراء والأخذ بالشفعة وسائر جهات التجارة كالحر ؛ لأنه عقد الكتابة ليحصل له العتق ، ولا يحصل له إلا بالأداء ، ولا يمكنه الأداء إلا بالاكْتساب بالبيع والشراء وسائر جهات التجارة .

ويجوز له أن يشتري من سيده ، ويبيع منه ، يأخذ منه بالشفعة ، كما يجوز ذلك من الأجنبي ؛ لأنه صار بعقد الكتابة كالخارج من ملكه^(١) ، وإنما له مال في ذمته ، فهو كرجل له دين عليه .

ويصح إقراره بالبيع والشراء ؛ لأنه يصح ذلك منه ، فصَحَّ إقراره به كالحر .

مسألة : [مال المكاتب محجور عليه] :

والمكاتب محجور عليه في ماله فليس له استهلاكه ولا هبته ولا المحاباة به بغير إذن السيد ؛ لأن حق السيد لم ينقطع عنه ؛ لأنه قد يعجزُ فيعودُ إليه ؛ لأنَّ القصد بالكتابة تحصيل العتق بالأداء ، فإذا وهب ماله . . أدَّى إلى فوات المقصود .

وإن وهب المكاتب شيئاً من ماله بإذن سيده . . فنصَّ الشافعي في « الأُم » [٣٤ / ٧] و« المختصر » : (أنه يصح) .

وقال الربيع : وفيه قول آخر : (أنه لا يصح) . وقال في « الجامع » : (إذا أختلعت المكاتب نفسها بعوضٍ بإذن سيدها . . لم يصح الخلع) .

والمكاتب في بذل العوض كالأهبة ؛ لأنها تبذل العوض فيما لا فائدة لها فيه .

وأختلف أصحابنا في المسألة على طريقتين :

فمنهم من قال : في المسألة قولان :

(١) في نسختين : (يده) .

أحدهما : لا تصحُّ الهبة والخُلْع . وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنَّ المكاتبَ ناقصُ المِلْكِ ، والسَيِّدُ لا يملك ما بيده ، فلم يصحَّ ذلكَ بأَجماعِهما ، كالأَخِ إِذَا زَوَّجَ أُخْتَهُ الصَّغِيرَةَ بِإِذْنِهَا .

والثاني : تصحُّ ؛ لأنَّ المالَ لا يخرجُ مِنْ بَيْنِ المكاتبِ والسَيِّدِ ، فَإِذَا اتَّفَقَا عَلَى هَبْتِهِ . . صحَّ كالراهنِ والمرتهنِ فِي الرهنِ .

ومنهُم مَن قَالَ : تصحُّ الهبة قولاً واحداً عَلَى ما نصَّ عَلَيْهِ فِي « الأُمِّ » و« المختصرِ » ، وما ذكرَهُ الرِّبْعُ تخريجُ منه ، وما ذكرَهُ فِي الخُلْعِ عَلَى ظاهِرِهِ .

والفرقُ بَيْنَهُمَا : أَنَّ المكاتبَ إِذَا وَهَبَ . . حصلَ لَهُ الثَّوَابُ عاجلاً فِي الدُّنْيَا أَوْ آجَلاً فِي الآخِرَةِ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بِذَلِّ العَوَضِ فِي الخُلْعِ ، فَإِنَّهُ لا يحصلُ لَهَا فِيهِ ثَوَابٌ عاجِلٌ ولا آجِلٌ ، بَلْ عَلَيْهَا ضَرَرٌ فِي سَقوْطِ نفقَتِهَا .
والطَّرِيقُ الأوَّلُ أَصَحُّ .

فرعٌ : [ليس للمكاتب أن يكفر بالمال] :

قال الشافعي رحمه الله : (ولا يُكْفَرُ المكاتبُ فِي شَيْءٍ مِنَ الكُفَّاراتِ إِلَّا بِالصَّوْمِ) .

وجملةُ ذَلِكَ : أَنَّ المكاتبَ إِذَا لَزِمَتْهُ كُفَّارَةٌ فِي قَتْلِ أَوْ جِمَاعِ أَوْ ظَهَارِ أَوْ يَمِينٍ . . فلا يجوزُ لَهُ أَنْ يُكْفَرَ بِالْمَالِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ تَامٍّ .

وإِنْ أَدِنَ لَهُ أَنْ يُكْفَرَ بِالْمَالِ ، فَإِنْ أَدِنَ لَهُ أَنْ يُكْفَرَ بِالْعَتَقِ . . لَمْ يصحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ الوَلَاءَ ، ولا يثبتُ لَهُ الوَلَاءُ . وَإِنْ أَدِنَ لَهُ أَنْ يُكْفَرَ بِالإِطْعَامِ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ العَبْدَ لا يملكُ المالَ ، لَمْ يصحَّ تكفيرُهُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لا يملكُ ذَلِكَ المالَ ، فلم يصحَّ التكفيرُ بِهِ .

وإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يملكُ المالَ . . صحَّ تكفيرُهُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَ ذَلِكَ وَأَدِنَ لَهُ السَيِّدُ بالتكفيرِ بِهِ .

فرع : [المكاتب لا يبيع نسيئة] :

قال الشافعي رحمه الله : (ولا يجوز أن يبيع بدين) .

وجملة ذلك : أنه ممنوع من البيع بالدين المؤجل ؛ لأن فيه غراً وهو ممنوع من التفرير بالمال ، «سواء باع بما يساوي أو بأكثر مما يساوي ؛ لأن الغرر حاصل بالأجل إلا أن يبيعه بأكثر مما يساوي ، فتكون الزيادة على ثمنه مؤجلة ؛ لأنه لا تفرير في ذلك .

فإن ابتاع المكاتب بثن مؤجل . . صح ؛ لأن الغرر على البائع دون المكاتب ، فإن دفع به رهناً . . لم يصح الرهن ؛ لأن في ذلك تفريراً بالمال المرهون ؛ لأنه أمانة وقد يتلف في يد المرتهن ، فيكون من ضمان الراهن .

ويجوز أن يستسلف في ذمته إلى أجل ؛ لأن الحظ له في ذلك ؛ لأنه يأخذ الثمن فينتفع به إلى أن يحل عليه المسلم فيه .

ولا يجوز أن يرهن بما في ذمته ؛ لما ذكرناه .

فرع : [المكاتب يأخذ للقراض والقرض ولا عكس] :

قال الشافعي رحمه الله : (ولا يجوز أن يدفع شيئاً من المال الذي في يده قراضاً ؛ لأن فيه غراً ؛ لأنه يخرج المال من يده ، فربما يعود إليه وربما لا يعود ، ويجوز أن يأخذ المال قراضاً ؛ لأنه من أنواع الكسب .

وليس له أن يقترض ؛ لأن ذلك تبذير ، وله أن يقترض ؛ لأنه ينتفع بذلك) .

فرع : [لا تصح هبة المكاتب ولو بزيادة منفعة] :

قال الشافعي رحمه الله : (ولا يهب بشرط الثواب)

وجملة ذلك : أنه إذا وهب لغيره شيئاً بشرط الثواب ، فإن قلنا : لا يصح ذلك من غيره . . لم يصح من المكاتب .

وإن قلنا : إنه يصح من غير المكاتب ، فإن كان ذلك بغير إذن السيد . . لم يصح ؛ لأن عوضها متأخر ، ولأن المقصود بالهبة الوصلة والمحبة دون الثواب ، فيصير كالهبة بغير ثواب . فإن كان ذلك بإذن السيد . . كان على الطريقين في الهبة بغير ثواب .

فرع : [شراء المكاتب من يعتق عليه] :

وليس للمكاتب أن يشتري من يعتق عليه - كوالده أو ولده - بغير إذن سيده .
وقال أبو حنيفة وأحمد : (يجوز له شراؤهما ولا يجوز له بيعهما)
وقال فيمن عداهما ممن يعتق عليه برحم : (يجوز له بيعهما) .
دللنا : أنه تصرف بما يؤدي إلى إتلاف ماله ، فلم يصح منه بغير إذن سيده ، كالهبة .

وإن أشرى ذلك بإذن سيده ، فإن قلنا : لو وهب لغيره بإذن سيده ، صح قولاً واحداً . . صح هاهنا أيضاً قولاً واحداً .

وإن قلنا : في الهبة قولان . . فأختلف أصحابنا في هذا :

فمنهم من قال : فيه قولان كالهبة .

وقال أبو إسحاق : يصح قولاً واحداً ؛ لأن الهبة لا منفعة للمكاتب فيها ، وهاهنا يحصل له به جمال ، ويحصل كسب العبد له وأرش الجناية عليه له .

فإذا قلنا : يصح الشراء . . لم يكن له بيعه ، وكان موقوفاً على كتابته ، وينفق عليه بحكم الملك دون النسب^(١) .

وإن وصى له بوالده أو ولده ، فإن كان غير مكتسب . . لم يجز له قبول الوصية فيه بغير إذن سيده ؛ لأنه يستضر بوجوب نفقته عليه .

وإن كان مكتسباً يمكن الإنفاق عليه من كسبه . . جاز له قبول الوصية ؛ لأنه يحصل له بذلك جمال ومنفعة من غير ضرر .

(١) في نسخة : (السبب) .

فَإِنْ كَانَ كَسْبُهُ وَفَقَ نَفَقَتِهِ . . فلا كلام . وَإِنْ كَانَ كَسْبُهُ أَكْثَرَ مِنْ نَفَقَتِهِ . . كَانَ الْفَضْلُ
لِلْمَكَاتِبِ . وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ نَفَقَتِهِ . . وَجَبَ عَلَى الْمَكَاتِبِ تَمَامُ نَفَقَتِهِ بِحُكْمِ الْمَلِكِ ،
وَيَكُونُ عَتَقُهُ مَوْقُوفًا عَلَى آدَاءِ الْمَكَاتِبِ .
فَإِنْ جَنَى وَالِدُ الْمَكَاتِبِ أَوْ وَلَدُهُ . . لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ مِنْ غَيْرِ إِذِنْ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ فِي
ذَلِكَ إِتْلَافًا لِمَالِهِ . فَإِنْ أَدَّنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ . . فَهُوَ كَالْهَبِيَةِ .

فرعٌ : [المكاتب لا يعتق ولا يكتب] :

ولا يجوز للمكاتب أن يعتق ولا يكتب بغير إذن سيِّده .
وقال أبو حنيفة : (يجوز له أن يكتب ولا يعتق) .
دليلنا : أنه لا يجوز له العتق ، فلا يجوز له الكتابة ، كالعبد المأذون له في
التجارة ، فإن أَدَّنَ له سيِّدُهُ في ذلك . . فهو كالهبة .
فإن قلنا : لا تصحُّ كتابته ولا عتقه . . لم يعتق العبد بالأداء .
وإن قلنا : يصحُّ عتقه وكتابته ، فأعتق أو كتب عبداً ، فأدَّى إليه ما كتبه عليه قبل
أن يؤدِّي هو كتابته . . ففي ولاء معتقه قولان :
أحدهما : (أنه للسيِّد) وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنَّ العتق لا ينفك عن الولاء ،
والمكاتب ليس من أهل الولاء .
والثاني : أنه يكون موقوفاً على أداء المكاتب ؛ لقوله ﷺ : « الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ،
والسيِّد لم يعتق .
فعلى هذا : إن أدَّى المكاتب المال . . كَانَ ولاء هذا المعتق له . وإن عجز ورق . .
كَانَ ولاءه لسيِّده . وإن مات هذا المعتق قبل أداء المكاتب . . ففي ماله قولان :
أحدهما : أنه يكون موقوفاً كالولاء .
والثاني : أنه يكون للسيِّد ؛ لأنَّ الولاء يجوز أن يكون لشخص ثم ينتقل عنه ،
والميراث لا يجوز أن يكون لشخص ثم ينتقل عنه .
والصحيح : أنَّ الميراث موقوف على هذا القول أيضاً .

فرع : [هبة المكاتب أو محاباته لسيده] :

وإن وهب المكاتب لسيده أو حباه . . فهل يصح ؟ فيه طريقان ، كما لو فعل ذلك مع غير السيّد بإذن السيّد ؛ لأنّ قبوله لذلك كالإذن له في ذلك .
فإن قلنا : يصح . . فلا كلام .

وإن قلنا : لا يصح . . فله أن يسترجع ذلك منه قبل أن يعتق .
فإن لم يسترجع ذلك منه حتى عتق . . فهل يجوز له استرجاعه ؟ فيه وجهان :
أحدهما : له أن يسترجعه ؛ لأنه وقع فاسداً ، فلا يملكه السيّد إلا بعقد آخر .
والثاني : ليس له أن يسترجعه ؛ لأنه إنما لم يصح لنقصانه ، وقد زال ذلك .

فرع : [لا يتزوج المكاتب إلا بإذن سيده] :

ولا يجوز للمكاتب أن يتزوج بغير إذن سيده ؛ لقوله ﷺ : « أَيْمًا عَبْدٌ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . . فَهُوَ عَاهِرٌ » ^(١) . (و) (العاهر) : الزاني .
والمكاتب هو عبد قبل الأداء ، فإن أذن له سيده في النكاح . . صحّ قولاً واحداً ؛
للخير ، ولأنّ الحاجة تدعو إليه .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان ، كالهبة . والأوّل أصح .
ولا يجوز له أن يطأ جاريته بغير إذن سيده ؛ لأنه ربّما أحبلها فتتلف .
فإن أذن له سيده في ذلك ، فإن قلنا : إنّ العبد لا يملك . . لم يجر له وطؤها .
وإن قلنا : إنّه يملك إذا ملّك . . فأختلف أصحابنا فيه :

(١) أخرجه عن جابر من طريقين أبو داود (٢٠٧٨) ، والترمذي (١١١١) وحسنه (١١١٢) في النكاح . قال الترمذي : لهذا حديث حسن صحيح . والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم : أن نكاح العبد بغير إذن سيده لا يجوز ، وهو قول أحمد وإسحاق وغيرهما .

فمنهم مَنْ قَالَ : هُوَ كَالْهَبَةِ ، وفيهِ قولانِ .

ومنهم مَنْ قَالَ : يصحُّ قولاً واحداً ، كالنكاح .

وإنْ أُولدَ منها ولدًا . . كَانَ أَبْنَا لَهُ ومملوكاً لَهُ ، ولا يعتقُ عليه ، بلْ يَكُونُ موقوفاً على عتقه ، ويلزمُهُ أَنْ ينفقَ عليه بحكمِ المِلِكِ لا بحكمِ النَّسَبِ .

فرعٌ : [سفر المكاتب بالمال] :

وإنْ أَرَادَ المَكَاتِبُ أَنْ يسافرَ بالمالِ بغيرِ إِذْنِ المولى . . فَقَدْ قَالَ الشافعيُّ في موضعٍ : (يَجُوزُ) ، وَقَالَ في موضعٍ : (لا يَجُوزُ) .

فمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قولانِ :

أَحَدُهُما : لا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ في ذَلِكَ تَغْيِيراً بِالْمَالِ .

والثاني : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَنْمِيَةَ المَالِ .

ومنهم مَنْ قَالَ : إنْ كَانَ السَّفَرُ طَوِيلًا . . لَمْ يَجْزِ ، وإنْ كَانَ قَصِيرًا . . جَازَ .

والأَوَّلُ أَصَحُّ .

مسألةٌ : [حرمة وطء المكاتبه] :

إذا كَاتَبَ الرَّجُلُ أَمَةً لَهُ . . حَرَّمَ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ عَلَى رَقَبَتِهَا قَدْ ضَعُفَ وَزَالَ مِلْكُهُ عَنْ مَنْفَعَتِهَا . ولهذا لَوْ وَطَّئَهَا غَيْرُهُ بِشَبْهَةٍ . . وَجَبَ عَلَيْهِ المَهْرُ لَهَا .

فإنْ خَالَفَ السَّيِّدُ وَطَّئَهَا . . فلا حَدَّ عَلَيْهِ ، سواءَ عَلِمَ بِالتَّحْرِيمِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ . وبِهِ قَالَ جَمَاعَةُ الفُقَهَاءِ إِلَّا الحَسَنَ البَصْرِيَّ ، فَإِنَّهُ قَالَ : يَجِبُ عَلَيْهِ الحَدُّ إذا عَلِمَ تَحْرِيمَ وَطْئِهَا^(١) .

(١) ذكره عن الحسن ابن المنذر في « الإشراف » (٣٢٩/١) ، ود . القلعجي في « فقه الحسن البصري » (٤٤٠/١) .

وروى عن الحسن البصري سعيد بن منصور في « السنن » (٢١٥٧) : إذا وطئ الرجل مكاتبته . . فليحسب لها صداق مثلها من مكاتبته .

دليلنا : أَنَّ لَهُ فِيهَا مِلْكَاً بِدَلِيلِ قَوْلِهِ ﷺ : « الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ » .
وَمَنْ وَطِئَ مِلْكُهُ . لَمْ يَحْدَ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنْ كَانَ عَالِمِينَ بِالْتَّحْرِيمِ . . عَزَّرَا . وَإِنْ كَانَ جَاهِلِينَ بِالْتَّحْرِيمِ . . لَمْ
يُعَزَّرَا وَنُهِيَا عَنِ الْعَوْدِ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَالِماً وَالْآخَرُ جَاهِلاً . . عَزَّرَ الْعَالِمُ ، وَلَمْ
يُعَزِّرِ الْجَاهِلُ وَنُهِيَ عَنِ الْعَوْدِ .

وَأَمَّا الْمَهْرُ ، فَنَقَلَ الْمُزْنِيُّ : (أَنَّهُ إِذَا أَكْرَهَهَا . . وَجِبَ الْمَهْرُ) .

فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ حَمَلَهُ عَلَى ظَاهِرِهِ ، وَقَالَ : إِذَا طَاوَعْتُهُ عَلَى ذَلِكَ . . لَمْ يَجِبْ لَهَا
الْمَهْرُ ؛ لِأَنَّهَا بَذَلَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فَهِيَ كَالزَّانِيَةِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ ، سَوَاءً طَاوَعْتُهُ أَوْ أَكْرَهَهَا . وَهُوَ الصَّحِيحُ ، وَقَدْ
نَصَّ الشَّافِعِيُّ عَلَى هَذَا فِي « الْأُمِّ » [٣٨٨/٧] لِأَنَّ الْحَدَّ يَسْقُطُ عَنْهَا بِشَبْهَةِ الْمِلْكِ ، وَهَذِهِ
الشَّبْهَةُ تَوْجِبُ لَهَا الْمَهْرَ ؛ لِأَنَّهَا ثَابِتَةٌ فِي حَقِّهَا .

وَقَالَ مَالِكٌ : (لَا يَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ ؛ لِأَنَّ بُضْعَهَا مِلْكُهَا ، وَلِهَذَا لَا تَتَزَوَّجُ إِلَّا
بِإِذْنِهِ) .

ودليلنا : أَنَّ الْمَكَاتِبَةَ فِي يَدِ نَفْسِهَا وَمَنَافِعَهَا لَهَا ، وَلِهَذَا لَوْ وَطَّئَهَا أَجْنَبِيٌّ بِشَبْهَةٍ . .
وَجِبَ لَهَا عَلَيْهِ الْمَهْرُ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ لَهَا إِلَّا مَهْرٌ وَاحِدٌ ، سَوَاءً وَطَّئَهَا مَرَّةً وَاحِدَةً أَوْ وَطَّئَهَا
مَرَاراً ، كَمَا قُلْنَا فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ ، إِلَّا أَنْ يَطَّأَهَا وَيُدْفَعَ إِلَيْهَا الْمَهْرُ ، ثُمَّ يَطَّأَهَا ،
فِيلْزُمُهُ الْمَهْرُ ثَانِياً ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ الْأَوَّلَ قَدْ اسْتَقَرَّ حُكْمُهُ .

وَيَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ مِنْ غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ ، فَإِنْ لَمْ يَحُلَّ عَلَيْهَا نَجْمٌ . . كَانَ لَهَا الْمَطَالِبَةُ
بِمَا وَجِبَ لَهَا عَلَيْهِ مِنَ الْمَهْرِ .

وَإِنْ حُلَّ عَلَيْهَا نَجْمٌ ، فَإِنْ كَانَ مَالُ الْكِتَابَةِ مِنْ غَيْرِ جَنْسِ نَقْدِ الْبَلَدِ . . كَانَ لَهَا
الْمَطَالِبَةُ بِالْمَهْرِ . وَإِنْ كَانَ مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ . . فَهَلْ يَتَقَاصَّانِ فِيمَا أَسْتَوِيَا فِيهِ ؟ فِيهِ أَرْبَعَةُ
أَقْوَالٍ يَأْتِي ذِكْرُهَا .

وإن أذهب بكَارَتِهَا . لَزِمَهُ أَرشُهَا ، كما لو قطعَ عضواً منها .
وإن أَحْبَلَهَا . صارتْ مَكاتِبَةً لَهُ وَأُمٌّ وَلَدٍ ، وقد مضى بيانها .

فرعٌ : [كاتب أمة وشرط وطأها] :

وإن كاتبَ أمةٍ وشرطَ في عقدِ الكتابةِ أَنْ يطأَهَا . كانَ الشرطُ والعقدُ فاسدينِ .
وقالَ مالكٌ : (يصحُّ العقدُ ، ويبطلُ الشرطُ) .
وقالَ أحمدُ : (يصحُّ العقدُ والشرطُ) .

دليلُنَا : أَنَّهُ لا يَمْلِكُ وَطأَهَا مَعَ إِطلاقِ العقدِ ، فلا يَمْلِكُهُ بالشرطِ ، كما لو زَوَّجَهَا
وأشترطَ لنفسِهِ الوطءَ .

مسألةٌ : [لا يطأ الشريكان مكاتبتهما] :

وإذا كانتْ أمةٌ بينَ رجلينِ نصفينِ فكاتباهُ . لم يحلَّ لواحدٍ منهما وَطؤها ؛ لأنَّهُ
لا يحلُّ لواحدٍ منهما وَطؤها قَبْلَ الكتابةِ ، فلأنَّ لا يحلُّ بعدَ الكتابةِ - وقد ضعفَ مِلْكُهُما
- أُولَى .

فإنْ خالفَ أَحدهُما وَوطئَهَا . فلا حَدَّ عَلَيْهِ لَشَبْهَةِ المِلْكِ .

فإنْ كانا عَالَمِينَ بالتحريمِ . عَزَّرا ، وإنْ كانا جاهِلينِ . لم يُعْزَّرا ، وإنْ كانَ
أَحدهُما جاهِلاً والآخرُ عالِماً . عَزَّرَ العالِمُ دونَ الجاهِلِ .

ويلزِمُ الواطِئَ جميعُ مهرِها للمكاتبةِ ؛ لأنَّهُ بمنزلةِ كَسْبِها ، فإنْ لم يحلَّ عليها نجمٌ
مِنَ الكتابةِ . أَخَذَتْ مِنْهُ المهرَ وتصرَّفَتْ فِيهِ . وإنْ كانَ قد حلَّ عليها نجمٌ وكانَ مالٌ
الكتابةِ مِنْ نَقْدِ البلدِ ، فإنْ كانَ فِي يَدِها ما تدفعُ إِلى سَيِّدِها الذي لَمْ يطأَهَا بِقَدْرِ
مهرِها . دَفَعَتْ إِليه مِمَّا فِي يَدِها ، وأَحْتَسِبَ على الواطِئِ بالمهرِ الذي عَلَيْهِ مِنَ النجمِ
الذي حلَّ لَهُ عليها . وإنْ لَمْ يَكُنْ بيَدِها ما تدفعُهُ إِلى الذي لَمْ يطأَهَا . أَخَذَتْ مِنَ
الواطِئِ نصفَ مهرِها ، وسَلَّمَتْهُ إِلى الذي لَمْ يطأَهَا ، وأَحْتَسِبَ على الواطِئِ بِنصفِهِ مِنَ
النجمِ الذي حلَّ لَهُ .

فإذا أدت ما بقي من مال الكتابة . . عتقت ، وإن عجزت . . عادت رقيقة لهما .
فإن كانت قد قبضت من الواطيء مهرها . . فقد برئت ذمتها منه ؛ لأنها قبضته في
وقت تستحق قبضه .

فإذا كان باقياً في يدها . . أخذ كل واحد منهما نصفه ، وإن كان تالفاً . . سقط حكمه
فيه ؛ لأنها تصرفت في ملكها في حال نفوذ تصرفها .

وإن لم تكن قبضت المهر ، فإن كان في يدها شيء من كسبها بقدر مهرها . . دفعته
إلى الذي لم يطأها ، واحتسب على الواطيء بمهرها عليه من كسبها .

وإن لم يكن في يدها شيء . . رجع سيدها الذي لم يطأها على الواطيء بنصف
مهرها ، وبرئت ذمته من نصفه .

وإن أحبلها الواطيء . . فالحكم في الحد والتعزير والمهر على ما مضى .

وأما الولد ، فإن ادعى الواطيء أنه أستبرأها وحلف على أنه أستبرأها ، وأنت بولد
بعد الاستبراء لستة أشهر . . لم يلحقه ولدها ، وكان كولدها من زوج أو زناً على ما يأتي
بيانه .

وإن لم يدع الواطيء أنه أستبرأها . . صار نصيبه من الجارية أم ولد له ومكاتباً له .
فإن كان معسراً . . لم يسر الإحبال إلى نصيب شريكه من الجارية ، كما لو أعتق شركاً له
من عبد وهو معسر ، وفي الولد وجهان :

[أحدهما] : قال أبو علي بن أبي هريرة : ينقذ جميعه حرّاً ، ويثبت في ذمة
الواطيء نصف قيمته لشريكه ؛ لأنه يستحيل أن ينقذ نصفه حرّاً ونصفه مملوكاً .

[والثاني] : قال أبو إسحاق : يكون نصفه حرّاً ونصفه مملوكاً ، كولدها الذي تأتي
به من زوج أو زناً على ما يأتي بيانه ، وهو الأصح ؛ لأنه إذا لم يسر الاستيلاء
لإعساره ، فكذلك حرّية الولد لا تسري لإعساره . وقول الأول يبطل بالمرأة إذا كان
نصفها حرّاً ونصفها مملوكاً فأت بولد من زوج أو زناً ، فإن نصفه حرٌّ ونصفه مملوكٌ .

وإن كان الواطيء موسراً . . قوّم عليه نصيب شريكه من الجارية ، فيصير جميعها أم
ولد له ونصفها مكاتباً له ؛ لأن الإحبال كالعتق .

ولو أعتق نصيبه منها وهو موسر . . قوّم عليه نصيب شريكه من الجارية ، فكذلك إذا أحبلها ، فإذا قوّمث عليه . . أنفست الكتابة في نصيب الشريك وبقي نصفها مكاتباً للواطىء ، فإن أدّت إليه نصف مال الكتابة . . عتق نصفها بالكتابة ويسري العتق إلى باقيةا . وإن مات الواطىء قبل الأداء . . عتق جميعها عليه بالاستيلاد . ومتى تقوّم عليه ؟ فيه طريقتان :

[الأول] : قال أبو إسحاق : فيها قولان ، كما لو أعتقه :

أحدهما : تقوّم في الحال ولا يُنتظر العجز ، كما لو أحبل جارية بينه وبين شريكه وهي غير مكاتب ، أو أعتقها .

والثاني : لا تقوّم عليه إلا بعد العجز ؛ لأنه قد ثبت لشريكه فيها حق الولاء بعقد الكتابة ، فلا يجوز إبطال ذلك عليه بالتقويم .

[الطريق الثاني] : قال أبو علي بن أبي هريرة : لا تقوّم إلا بعد عجزها قولاً واحداً ، وإنما القولان إذا أعتقها ؛ لأنّ الحظّ حصل لها بالتقويم بالعتق ؛ لأنّ عتقها يتنجز ، والخطّ لها هاهنا في أنّ لا تقوّم ؛ لأنها ربّما أدّت مال الكتابة ، فتعجلّ عتقها بالكتابة .

والصحيح هو الأول ؛ لأنّ الإحبال أقوى من العتق ، بدليل أنّه يصحّ من المجنون والسفيه ، والعتق لا يصحّ منهما ، ولأنّ الخطّ لها بالتقويم بالإحبال أكثر من انتظار عجزها ؛ لأنها إذا قوّمث على الواطىء . . بقي نصفها مكاتباً للواطىء ، فإذا أدّت إليه نصف مال الكتابة . . عتق جميعها ، وذلك أخفّ من أن يبقى جميعها مكاتباً فلا تعتق إلا بأداء جميع مال الكتابة .

وإذا قوّمث على الواطىء . . سرى الإحبال إلى باقيةا . ومتى وقعت السراية ؟ فيه ثلاثة أقوال ، كالعتق :

أحدها : في الحال .

والثاني : بدفع القيمة .

والثالث : أنه موقوف ، فإن أدّى القيمة . . بأن أن السراية وقعت بالإحبال . وإن لم يدفع القيمة . . تبين أن السراية لم تقع .

وأما قيمة نصف الولد ، فإن قلنا : إنها تقوم في الحال ، وقلنا : إن الإحبال يسري إلى نصيب الشريك في الحال . . لم يلزمه قيمة نصف الولد ؛ لأنها تضعه في ملكه .

وإن قلنا : إنها لا تقوم إلا بعد العجز ، وقلنا : إن الإحبال لا يسري إلا بعد دفع القيمة ، فوضعت الولد قبل العجز أو قبل دفع القيمة . . لزمه نصف قيمة الولد لشريكه ؛ لأنه كان من سبيله أن يكون نصفه مملوكاً لشريكه ، وقد أتلّف رقه عليه .

فرع : [كاتباً جارية ثم جامعاًها] :

وإن كاتباً جاريةً بينهما نصفين ، ثم وطّنها كل واحد منهما . . فالكلام في التحريم والحدّ والتعزير على ما مضى ، ويجب على كل واحد منهما مهرٌ مثلها .

فإن لم يحلّ عليها نجم . . كان لها مطالبة كل واحد منهما بالمهر الذي وجب عليه لتصرّف فيه . وإن كان قد حلّ عليها نجم ، وكان مال الكتابية من جنس المهر . . فهل يسقط عن كل واحد منهما قدر ما وجب له عليها ممّا عليه لها من المهر ؟ على الأقوال في المقاصّة .

وإن فضل لها فضلٌ عليهما أو على أحدهما من المهر . . طالبت به ، وإن عجزت نفسها . . رقت لهما .

فإن كانت قد قبضت المهرين . . فقد برئت ذمتها ، ويقتسمان ما كان في يدها . وإن كانت لم تقبض المهرين . . برئت ذمة كل واحد منهما من نصف المهر الذي وجب عليه ؛ لأن نصفها عاد رقيقاً له فيسقط عنه ما يقابل ملكه منها ، ويبقى عليه نصف المهر لأجل حق شريكه .

فإن كان المهران متساويين . . فهل يسقط ذلك عنهما ؟ على الأقوال في المقاصّة .

وإن كان أحد المهرين أكثر من الآخر : قال الشافعي رحمه الله : (بأن يطأها أحدهما وهي بكر ، ويطأها الآخر وهي ثيب ، أو يطأها أحدهما وهي صحيحة ،

ويطأها الآخر وهي مريضة أو معيبة . . تقاضا فيما أستويا فيه ، ومن بقي له فضل طالب شريكه به ، وإن أفضاها أحدهما . . وجب عليه للآخر نصف قيمتها مع المهر . وكذلك إن أفتضاها أحدهما . . لزمه لشريكه نصف أرش الافتضاض مع المهر .

فإن أذعى كل واحد منهما على صاحبه أنه أفضاها أو أفتضاها . . حلف كل واحد منهما لشريكه ، وسقط حكم الإفضاء والافتضاض .

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، فحلف عليه شريكه . . لزم الناكل نصف قيمتها للإفضاء ، ونصف الأرش للافتضاض .

فإن أتت بولد . . نظرت :

فإن أدعىا أنهما أستبراها وحلفا وأتت بولد لستة أشهر بعد الاستبراء . . أنتفى الولد عنهما ، وكان كالولد الذي تأتي به من زوج أو زناً .

وإن لم يدعىا الاستبراء . . فلا يخلو من أربعة أحوال : إما أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما ، أو يمكن أن يكون من الواطئ الأول ولا يمكن أن يكون من الثاني ، أو يمكن أن يكون من الثاني ولا يمكن أن يكون من الأول ، أو يمكن أن يكون من كل واحد منهما .

فإن لم يمكن أن يكون من كل واحد منهما ، مثل : أن تأتي به لأكثر من أربع سنين من وطء كل واحد منهما ، أو لدون ستة أشهر من وطء كل واحد منهما . . أنتفى عنهما ، فكان كولدها الذي تأتي به من زوج أو زناً .

وإن أمكن أن يكون من الأول دون الثاني ، بأن تأتي به لدون أربع سنين من وطء الأول ، أو لستة أشهر فما زاد من وطئه ، ولدون ستة أشهر من وطء الثاني . . لحق الولد بالأول . فإن كان معسراً . . صار نصيبه من الجارية أم ولد له ومكاتباً له ، ولا يسري الإقبال إلى نصيب شريكه من الجارية . وفي الولد وجهان :

[أحدهما] : على قول أبي علي بن أبي هريرة : ينعقد جميعه حرّاً ، ويثبت في ذمته نصف قيمته لشريكه .

والثاني : على قول أبي إسحاق : يكون نصفه حرّاً ونصفه الآخر كولدها من زوج

أو زناً ، وتستحق الجارية على كل واحد منهما جميع مهرها .

وإن كان المُحْبِلُ موسراً . صار نصيبه من الجارية أم ولد له ومكاتباً له ، ويقوم عليه نصيب شريكه فيها . وهل يقوم عليه في الحال أو بعد العجز ؟ على الطريقتين في المسألة قبلها .

وهل يلزمه نصف قيمة الولد ؟

إن قلنا : يقوم في الحال ويسري الإحبال قبل دفع القيمة . . لم يلزمه نصف قيمة الولد ؛ لأنها تضعه في ملكه .

وإن قلنا : لا يقوم إلا بعد العجز ، أو قلنا : لا يسري الإحبال إلا بعد دفع القيمة ، فإن وضعت بعد^(١) العجز والتقويم ودفع القيمة . . لم يلزمه نصف قيمته ؛ لأنها وضعت في ملكه . وإن وضعت قبل ذلك . . لزمه نصف قيمته .

ويجب على الواطئ المُحْبِل^(٢) جميع مهرها ؛ لأنه وطئها وجميعها مكاتب ، فيكون للجارية نصف المهر لأجل النصف الذي بقي على الكتابة ، ونصف المهر لسيدها^(٣) الذي لم يُحْبِل ؛ لأن نصيبه قد أنفست الكتابة فيه إما بالتقويم أو بالعجز ، وكان ما يخص نصيبه من كسبها له .

وأما ما يجب على الثاني من المهر ، فإن قلنا : إن الإحبال يسري في الحال فقد وطئها الثاني ولا ملك له فيها . . فيلزمه جميع المهر ، ويكون للأول نصفه لأجل النصف الذي قوّم عليه ، وصارت أم ولد له . وأما النصف الثاني من المهر ، فإن كانت قد عجزت نفسها عن كتابة نصيب الذي استولدها . . كان له أيضاً .

وإن كانت لم تعجز نفسها . . كان للجارية ؛ لأنه كسب لنصفها الذي بقي على الكتابة .

(١) في نسخة : (قبل) .

(٢) في (م) : (الأول) .

(٣) جاء في حاشية نسخة : (أي ينتقل منها إلى سيدها عند التقويم والعجز) .

وإن قلنا : إن الإحبال لا يسري إلا بدفع القيمة ، فإن وطئها قبل دفع القيمة . . سقط عَنِ الثاني نصف مهرها لأجل نصفها الذي له ؛ لأنه عاد رقيقاً له بالتقويم^(١) ، وهل يجب عليه نصف مهرها لأجل نصفها الذي هو^(٢) للمُحِبِل ؟

فإن كانت قد عجزت نفسها عَنِ الكتابة . . استحق المُحِبِل نصف مهرها على الثاني . وإن لم تعجز نفسها^(٣) . . كَانَ ذَلِكَ النصف للجارية ؛ لأنَّ نصفها باقٍ على الكتابة .

وإن وطئها الثاني بعد أن أخذ نصف قيمتها . . وجب عليه كمال مهرها ، فيكون للمُحِبِل نصفه لأجل النصف الذي قوّم عليه . وأما النصف الثاني مِنَ المهر ، فإن كانت قد عجزت نفسها عَنِ أداء كتابة نصفها الباقي . . كَانَ للمُحِبِل أيضاً . وإن لم تعجز نفسها . . كَانَ لَهَا .

وإن أمكن أن يكون الولد مِنَ الثاني دون الأول ، بأن تأتي به لأكثر من أربع سنين مِنْ وطء الأول ، ولدون أربع سنين ولستة أشهر فما زاد مِنْ وطء الثاني . . لَحِقَ الولدُ بالثاني ، وأنتفى عَنِ الأول ، فصار نصيب الثاني مِنَ الجارية أم ولد له ومكاتباً له .

وإن كَانَ معسراً . . لَمْ يسر الإحبالُ إِلَى نصيب الأولِ منهما .

وأما الولدُ : فعلى قول أبي عليٍّ : ينعقد جميعه حرّاً ، ويثبت في ذمة الثاني نصف قيمته للأول .

وعلى قول أبي إسحاق : يكون نصفه حرّاً ونصفه ليس بحرّاً ، بل يكون كولدها الذي تأتي به مِنْ زوج أو زناً ، ويلزم كل واحدٍ منهما جميع المهر لها فتقبضه منهما إن لم يحلّ عليها نجم ، وإن حلّ عليها نجم . . كَانَ كما لو لم تلد .

وإن كَانَ الثاني موسراً . . صار نصيبه مِنَ الجارية أم ولد له ومكاتباً له ، ويسري الإحبالُ إِلَى نصيب شريكه منها ، ويقوّم عليه . ومتى يقوّم ؟ على الطريقين .

(١) في هامش نسخة : (وانفسخت الكتابة ، ومتى انفسخت الكتابة رجع الكسب إلى السيد) .

(٢) في نسخة : (له) .

(٣) في نسخة : (نصفها) .

والكلام في قيمة الولد كما ذكرناه في التي قبلها .

ويلزم الثاني جميع مهرها : نصفه للمكاتبة لأجل نصفها الذي بقي على الكتابة ، ونصفه للواطئ الأول الذي لم يحبلها لأجل نصفها الذي أنفسخت فيه الكتابة بالتقويم .

وأما الأول : فإنه يسقط عنه نصف مهرها لأجل نصفها الذي أنفسخت فيه الكتابة ، وعاد رقيقاً له بالتقويم^(١) ، ويجب عليه نصف المهر لأجل نصفها الذي للمحبل . فإن كانت قد عجزت نفسها عن أداء كتابة نصفها الذي للثاني . . كان ذلك النصف من المهر للثاني . وإن لم تعجز نفسها . . كان ذلك للمكاتبة .

وإن أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما ، بأن تأتي به لأكثر من ستة أشهر ولدون أربع سنين من وطء كل واحد منهما . عرض الولد على القافة ، فإن ألحقته بالأول . . لحق به وأنتفى عن الثاني ، وكان الحكم كما لو أمكن أن يكون من الأول دون الثاني على ما مضى . وإن ألحقته بالثاني . . كان الحكم فيه كما لو أمكن أن يكون من الثاني دون الأول على ما مضى . وإن ألحقته القافة بهما ، أو نفتته عنهما ، أو أشكل عليها أمرهما ، أو لم توجد قافة . . يترك الولد حتى يبلغ ويتنسب إلى أحدهما ، وينفقان عليه ، فإذا بلغ ، وأنتسب إلى أحدهما . . لحق به ، وكان الحكم فيه كما لو لحقه بالإمكان ، ويلزمه أن يغرم للآخر ما أنفق على ولده ؛ لأنه بان أنه ولده .

فرع : [كاتبا أمة ثم وطئها ، وأتت بولدين] :

وإن كانت أمة بينهما نصفين فكاتبها ، ثم وطئها كل واحد منهما ، وأتت من كل واحد منهما بولد أعترف به وأعترفا بالسابق منهما ، وأظهرت العجز ، وفسخ السيدان الكتابة . . فلا يخلو حالهما : إما أن يكونا موسرين ، أو يكون الأول موسراً والثاني معسراً ، أو يكون الأول معسراً والثاني موسراً ، أو يكونا معسرين .

(١) في نسخة : (لأنها في هذه الصورة سرت بالإحبال إلى نصيب الأول ، فانتقلت إلى حال أقوى من الكتابة) .

فَإِنْ كَانَا مُوسِرِينَ . . فَإِنَّ الْأَوَّلَ يَجِبُ عَلَيْهِ نَصْفُ الْمَهْرِ لِشَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهَا بَأَنْفَسَاخِ الْكِتَابَةِ عَادَتْ بِمَعْنَاهَا قَبْلَ الْكِتَابَةِ ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ نَصْفُ الْمَهْرِ لِأَجْلِ نَصْفِ شَرِيكِهِ ، وَيَسْقُطُ عَنْهُ نَصْفُ الْمَهْرِ لِأَجْلِ نَصْفِهِ الَّذِي عَادَ رَقِيقًا لَهُ ، وَيَكُونُ الْوَلَدُ حَرًّا ، وَنَصِيبُهُ مِنَ الْجَارِيَةِ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَمَكَاتِبًا لَهُ ، وَيَسْرِي الْإِحْبَالَ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، وَمَتَى يَسْرِي الْإِحْبَالُ ؟ عَلَى الْأَقْوَالِ الثَّلَاثَةِ فِي وَقْتِ سَرَايَةِ الْعَتَقِ .

وَأَمَّا قِيَمَةُ نَصْفِ الْوَلَدِ : فَمَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي وَقْتِ السَّرَايَةِ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ السَّرَايَةَ تَقَعُ فِي الْحَالِ . . لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ قِيَمَةُ نَصْفِ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهَا تَضَعُهُ فِي مِلْكِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَقَعُ السَّرَايَةُ إِلَّا بَعْدَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ ، فَإِنْ وَلَدَتْ قَبْلَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ . . فَإِنَّهُ يَلْزِمُهُ نَصْفُ قِيَمَةِ الْوَلَدِ لِشَرِيكِهِ . وَإِنْ دَفَعَ الْقِيَمَةَ ، ثُمَّ وَلَدَتْ . . لَمْ يَلْزِمُهُ نَصْفُ قِيَمَةِ الْوَلَدِ .

وَأَمَّا مَا يَجِبُ عَلَى الثَّانِي : فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ السَّرَايَةَ تَقَعُ فِي الْحَالِ ، فَقَدْ وَطَّئَهَا الثَّانِي وَأَحْبَلَهَا بَعْدَ أَنْ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ . . فَيَلْزِمُ الثَّانِي لِلأَوَّلِ جَمِيعُ مَهْرِهَا ، وَيَكُونُ وَلَدُهُ حَرًّا لِلشُّبْهَةِ ، وَيَلْزِمُهُ جَمِيعُ قِيَمَتِهِ لِلأَوَّلِ .

وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَقَعُ السَّرَايَةُ إِلَّا بَعْدَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ ، وَكَانَ وَطْؤُهُ قَبْلَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ . . وَجِبَ عَلَى الثَّانِي نَصْفُ مَهْرِهَا لِلأَوَّلِ لِأَجْلِ نَصْفِهِ مِنْهَا ، وَيَسْقُطُ عَنْهُ نَصْفُ مَهْرِهَا لِأَجْلِ نَصْفِهِ الَّذِي أَنْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ فِيهِ لَهُ ، وَيَصِيرُ الْوَلَدُ حَرًّا لِلشُّبْهَةِ ، وَيَلْزِمُهُ لِلأَوَّلِ نَصْفُ قِيَمَتِهِ ، وَيَسْقُطُ عَنْهُ النِّصْفُ ، وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لِلثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَحَقَّ تَقْوِيمَهَا عَلَى الْأَوَّلِ بِحَكْمِ الْاسْتِيلَادِ وَلَا يَنْفَعُ اسْتِيلَادُ الثَّانِي فِيهَا ، فَيَتَقَاَصَّانِ فِيمَا اسْتَوِيَا فِيهِ ، وَيَرْجِعُ مَنْ لَهُ فَضْلُ شَيْءٍ عَلَى صَاحِبِهِ بِمَا بَقِيَ لَهُ ، وَالْحَكْمُ فِي الْحَدِّ وَالتَّعْزِيرِ عَلَى مَا مَضَى .

وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ مُوسِرًا وَالثَّانِي مُعْسِرًا . . فَالْحَكْمُ فِي الْأَوَّلِ عَلَى مَا مَضَى .

وَأَمَّا الثَّانِي : فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ إِحْبَالَ الْأَوَّلِ يَسْرِي فِي الْحَالِ فَقَدْ وَطَّئَهَا الثَّانِي وَأَحْبَلَهَا بَعْدَ أَنْ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ . . فَيَجِبُ عَلَيْهِ لِلأَوَّلِ جَمِيعُ مَهْرِهَا . قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : وَيَكُونُ الْوَلَدُ مَمْلُوكًا لِلأَوَّلِ .

وَقَالَ ابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ : يَكُونُ حَرًّا وَتَثْبُتُ قِيَمَتُهُ فِي ذِمَّةِ الثَّانِي .

وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ إِحْبَالَ الْأَوَّلِ لَا يَسْرِي إِلَّا بَعْدَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ فَوَطَّئَهَا الثَّانِي قَبْلَ دَفْعِ

القيمة . . لزم الثاني للأول نصف المهر ويسقط عنه النصف .

وعلى قول أبي إسحاق : يكون نصف ولد الثاني حرّاً ونصفه مملوكاً للأول .

وعلى قول أبي علي : يكون جميعه حرّاً ويكون في ذمة الثاني نصف قيمته للأول ، ولا يصير نصيب الثاني من الجارية أمّ ولد له ؛ لأنه قد استحقّ تقويمه على الأول .

وإن كان الأول معسراً والثاني موسراً . . فإن نصيب الأول من الجارية صار أمّ ولد له ، ولا يسري إلى نصيب الثاني من الجارية . وفي ولد الأول وجهان :

[أحدهما] : قال أبو إسحاق : يكون نصفه حرّاً ونصفه مملوكاً للثاني .

و[الثاني] : قال أبو علي بن أبي هريرة : يكون جميعه حرّاً ، ويثبت في ذمته نصف قيمته للثاني ، ويجب على الأول نصف المهر في ذمته للثاني .

وأما الثاني : فيجب عليه للأول نصف مهرها ، ويسقط عنه النصف ، ويصير نصيبه من الجارية أمّ ولد له ، ولا يسري إلى نصيب الأول من الجارية ؛ لأنه قد صار أمّ ولد للأول .

وأما ولد الثاني : فيكون حرّاً وجهاً واحداً ، ويلزمه نصف قيمته للأول .

وإن كانا معسرين . . فعلى كل واحد منهما لصاحبه نصف المهر ، ويصير نصيب كل واحد منهما من الجارية أمّ ولد له ، ولا يسري إلى نصيب شريكه .

وأما الولدان : فعلى قول أبي إسحاق : يكون نصف ولد كل واحد منهما حرّاً ، ونصفه مملوكاً لصاحبه .

وعلى قول أبي علي : يكونان حرّين ، ويثبت في ذمة كل واحد منهما نصف قيمة ولده لصاحبه .

وإن اختلفا في السابق منهما ، وكل واحد منهما يقول : أنا الأول . . فلا يخلو : إما أن يكونا موسرين ، أو معسرين ، أو أحدهما موسراً والآخر معسراً .

فإن كانا موسرين . . فكل واحد منهما يُقرّ لصاحبه بنصف قيمة الجارية ؛ لأنه يقول : أنا أحبلتها أولاً ، ويسري الإحبال إلى نصيبك ، ويقرّ له بنصف المهر ؛ لأنه

يُقرُّ أَنَّهُ وَطَىءَ جَارِيَةً مُشْرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ ، وَيُقرُّ لَهُ بِنَصْفِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي يَقُولُ : إِنَّ السَّرَايَةَ لَا تَقْعُ إِلَّا بِدْفَعِ الْقِيَمَةِ .

وعلى القول الذي يقول : إِنَّ السَّرَايَةَ تَقْعُ فِي الْحَالِ . . يقول : لَا شَيْءَ عَلَيَّ مِنْ قِيَمَةِ الْوَلَدِ ، وَيَدَّعِي كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِجَمِيعِ الْمَهْرِ وَجَمِيعِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ - وَهُوَ إِذَا قُلْنَا : إِنَّ السَّرَايَةَ تَقْعُ فِي الْحَالِ - وَبِنَصْفِ الْمَهْرِ وَنَصْفِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ فِي الْقَوْلِ الْآخَرِ - وَهُوَ إِذَا قُلْنَا : إِنَّ السَّرَايَةَ لَا تَقْعُ إِلَّا بَعْدَ دَفْعِ الْقِيَمَةِ - فَيَسْقُطُ إِقْرَارُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ بِنَصْفِ قِيَمَةِ الْجَارِيَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُكْذِّبُ إِقْرَارَ صَاحِبِهِ لَهُ بِذَلِكَ .

وَأَمَّا الْمَهْرُ : فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقرُّ لِصَاحِبِهِ بِنَصْفِهِ وَالْمَقْرُّ لَهُ يَدَّعِي جَمِيعَهُ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ ، وَهُوَ إِذَا قُلْنَا : إِنَّ السَّرَايَةَ تَقْعُ فِي الْحَالِ ، فَيَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ نَصْفُ الْمَهْرِ الَّذِي اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، وَيَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ عَلَى النِّصْفِ الَّذِي يَدَّعِيهِ وَيَنْكُرُهُ صَاحِبُهُ .

وَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي يَقُولُ : لَا يَسْرِي الْإِحْبَالُ إِلَّا بِدْفَعِ الْقِيَمَةِ . . فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَدَّعِي عَلَى صَاحِبِهِ إِلَّا نَصْفَ الْمَهْرِ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقرُّ لِصَاحِبِهِ بِنَصْفِ الْمَهْرِ ، فَلَا يَمِينُ عَلَى أَحَدِهِمَا لِلْآخَرِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقرُّ لِصَاحِبِهِ بِمَا يَدَّعِيهِ عَلَيْهِ .

وَأَمَّا قِيَمَةُ الْوَلَدَيْنِ : فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَحْلِفُ لِصَاحِبِهِ بِمَا يَدَّعِيهِ^(١) عَلَيْهِ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّا إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْإِحْبَالَ يَسْرِي فِي الْحَالِ . . فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقُولُ : أَنَا أَحْبَلْتُهَا أَوَّلًا وَيَسْرِي إِحْبَالِي ، وَوَضَعْتُهُ فِي مَلَكِي ، فَلَا يَلْزِمُنِي قِيَمَةُ وَلَدَيْ^(٢) ، وَأَنْتَ أَحْبَلْتَهَا بَعْدِي وَقَدْ صَارَتْ أُمٌّ وَلَدَيَّ ، فَيَلْزِمُكَ جَمِيعُ قِيَمَةِ وَلَدِكَ ، فَيَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ - عَلَى هَذَا - أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ جَمِيعَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ الَّتِي يَدَّعِيهَا وَلَا بَعْضَهَا .

(١) فِي (م) : (عَمَّا ادَّعَاهُ) .

(٢) فِي نَسْخَةِ : (وَلَدَيْنِ) .

وعلى هذا القول الذي يقول : إِنَّ الإِحْبَالَ لَا يَسْرِي إِلَّا بِدْفَعٍ^(١) القيمة . فكلُّ واحدٍ منهما يُقْرُ لصاحبه بنصف قيمة ولده ويدَّعي على صاحبه بنصف قيمة ولده ، فإن كانت قيمة الولدين متساوية ، وقلنا : يسقط ما على أحدهما بمثل ما له على الآخر . فلا يمين على أحدهما . وإن كانت قيمة أحدهما أكثر . حلف من كثرت قيمة ولده ؛ لأنَّ الأصل براءة ذمَّة كلِّ واحدٍ منهما ممَّا يدَّعيه الآخر .

إذا ثبتَ هذا : فإنَّ هذه الجارية توقفت ولا تصيرُ أمَّ ولدٍ لواحدٍ منهما ؛ لأنَّ قول أحدهما ليس بأولى من قول الآخر . ويؤخذان بنفقتيهما ، فإن مات أحدهما . ففيه وجهان :

أحدهما - وهو قول أكثر أصحابنا ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره - : أنَّه لا يعتق شيء من الجارية لاحتمال أن تكون أمَّ ولدٍ للثاني منهما خاصَّةً ، ولا يقع العتق بالشك .

والثاني - حكاه ابن الصَّبَّاح عَنْ أَبِي عَلِيٍّ بْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَأَبِي عَلِيٍّ الطَّبْرِيِّ ، واختاره القاضي أبو الطَّيِّب - : أنَّه يعتق نصفها ؛ لأنَّ الميِّت كان قد أقرَّ بأنَّ نصفها أمُّ ولدٍ له وهي في يده ، فلزم ذلك في حقِّ ورثته . ويكون وراء هذا النصف موقوفاً ، بخلاف العتق ؛ لأنَّه يبنى على التغليب والسراية .

وإن ماتا جميعاً . حكم بعقبتها^(٢) بلا خلاف ؛ لأنَّ موت سيِّدها الذي صارت أمَّ ولدٍ له منهما متيقنٌ ، ويكون ولاؤها موقوفاً إلى أن يتبين الحال .

فإن ماتت الجارية بعد ذلك ، فإن كان لها وارث من جهة النسب يحوز ميراثها . ورثتها ولا كلام . وإن كان وارثها هو مولاه . وقف ميراثها إلى أن يصطالح عليه ورثته السيدين .

وإن كانا معسرين . فكلُّ واحدٍ منهما يقرُّ أنَّ نصيبه من الجارية أمُّ ولدٍ له والآخر يصدِّقه ؛ لأنَّ الاستيلاء مع الإعسار لا يسري ، وكلُّ واحدٍ منهما يقرُّ لصاحبه بنصف

(١) في (م) : (إلى دفع) .

(٢) في نسخة : (بعقبتها) .

المهر ويصدقهُ المقرُّ له على ذلك ، فإن كانا سواءً . . تقاضًا ، ولا يمينَ بينهما . وإن كان على أحدهما فضلٌ . . دفعَ الفضلَ لصاحبه .

وأما الولدان : فعلى قول أبي إسحاق : نصفٌ ولدٍ كلٍّ واحدٍ منهما حرٌّ ، ونصفُهُ الآخرُ مملوكٌ لصاحبه .

وعلى قول أبي عليٍّ : الولدان حران ، وعلى كلٍّ واحدٍ منهما لصاحبه نصفُ قيمةٍ ولده ، فيتقاضان فيما أستويا ، ويتراجعان في الفضل ، ولا يمينَ هاهنا .

فإن مات أحدهما . . عتقَ نصفُ الجارية ، ويكونُ ولاؤه لورثته .

ونقلَ الربيع في « الأُم » [انظر : ٤١٢/٧] : (أنَّهما إذا ماتا . . كانَ الولاءُ موقوفًا ، سواءً كانا موسرين أو معسرين) .

فمن أصحابنا من قال : هذا خطأ في النقل ؛ لأنَّ الولاءَ إنَّما يوقفُ إذا كانا موسرين ، فأما إذا كانا معسرين . . فلا يوقفُ ، كما بيَّناه .

ومنهم من اعتذرَ له ، وقال : أرادَ به إذا كانا معسرين حالَ الموتِ ، وقد كانا موسرين حالَ الإحبالِ .

وأما إذا كان أحدهما موسرًا والآخرُ معسرًا . . فإنَّ الموسرَ يُقرُّ للمعسرِ بنصفِ قيمةِ الجارية ونصفِ مهرِها . ويُقرُّ له بنصفِ قيمةِ الولدِ إذا قلنا : لا يسري الإحبالُ إلَّا بدفعِ القيمةِ . ولا يقرُّ بشيءٍ من قيمةِ الولدِ إذا قلنا : يسري الإحبالُ في الحالِ . ويدَّعي على المقرِّ بجميعِ المهرِ إذا قلنا : يسري الإحبالُ في الحالِ . ويملكُ الولدَ على قول أبي إسحاق ، وبقيمتِهِ على قول أبي عليٍّ بن أبي هريرةً وعلى هذا القولِ . ولا يدَّعي إلَّا بنصفِ المهرِ إذا قلنا : لا يسري الإحبالُ إلَّا بدفعِ القيمةِ . وفي الولدِ على هذا القولِ وجهان . فالمعسرُ يقولُ : أنا وطئتُ أولًا ، فعلى نصفِ المهرِ ، ونصبي من الجارية أُمٌ ولدٍ لي ، وفي ولدي وجهان . وأنتَ أيُّها الموسرُ وطئتَها بعدي ، فعليك لي نصفُ المهرِ ونصيبُك أُمٌ ولدٍك ولدُك حرٌّ وعليك لي نصفُ قيمته ، فيسقطُ إقرارُ الموسرِ بنصفِ قيمةِ الجاريةِ للمعسرِ ؛ لأنَّه يُكذِّبُه في ذلك ، وكلُّ واحدٍ منهما مقرٌّ لصاحبه بنصفِ المهرِ ، ويصادقُهُ المقرُّ له به فيتقاضان فيما أستويا فيه من ذلك ، ويحلفُ

المعسر للموسر عَنِ النصفِ الباقي مِنَ المهر ؛ لَأَنَّهُ قَدْ يَدَّعِي عَلَيْهِ جَمِيعَ المهر - فِي أَحَدِ القولين - والمعسر لا يَقْرُ له إِلَّا بالنصف .

وَأَمَّا وَلَدُ المعسرِ : فَقَدْ تَصَادَقَا عَلَى مِلْكِ نَصْفِهِ للموسرِ فِي أَحَدِ الوجهين ونصفِ قيمته فِي الآخرِ ، فلا يَمِينُ عَلَى المعسرِ فِي ذَلِكَ ، إِلَّا أَنَّ الموسرَ يَدَّعِي مِلْكَ جَمِيعِهِ أَوْ جَمِيعَ قيمته فِي أَحَدِ القولين ، فيحلفُ المعسرُ لَهُ عَلَى ذَلِكَ .

وَأَمَّا وَلَدُ الموسرِ : فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الإحْبَالَ لَا يَسْرِي إِلَّا بَعْدَ دَفْعِ القيمةِ . . لَزِمَهُ أَنْ يَدْفَعَ نَصْفَ قيمة وَلَدِهِ إِلَى المعسرِ ؛ لَأَنَّهُ يَقْرُ لَهُ بِذَلِكَ وَهُوَ يَدَّعِيهِ .

وَأِنْ قُلْنَا : إِنَّ الإحْبَالَ يَسْرِي فِي الْحَالِ . . فَإِنَّهُ لَا يَقْرُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ قيمةِ الولدِ ، والمعسرُ يَدَّعِي عَلَيْهِ بقيمةِ نَصْفِهِ ، فيحلفُ الموسرُ لَهُ عَلَى ذَلِكَ .

وَأَمَّا الجاريةُ : فَإِنَّ نَصِيبَ الموسرِ فِيهَا أُمُّ وَلَدٍ لَهُ بِلَا مَنَازَعَةٍ ، فيكونُ كَسْبُهُ لَهُ وَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِ . وَأَمَّا نَصِيبُ المعسرِ مِنْهَا : فَإِنَّهُمَا يَتَنَازَعَانِ فِيهِ ، فيكونُ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِمَا وَكَسْبُهُ لهُمَا .

فَإِنْ مَاتَ الموسرُ . . عَتَقَ نَصِيبُهُ وَوَلَاؤُهُ لَوَرِثَتِهِ . فَإِنْ مَاتَ المعسرُ أَوَّلًا . . لَمْ يَعتَقْ نَصِيبُهُ قَبْلَ مَوْتِ الموسرِ ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَنَازَعَانِ فِيهِ . وَإِنْ مَاتَا . . عَتَقَتِ الجاريةُ ، وَكَانَ وَلَاؤُ نَصِيبِ الموسرِ لَوَرِثَتِهِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَنَازِعُهُمْ غَيْرُهُمْ فِيهِ .

وَأَمَّا وَلَاؤُ نَصِيبِ المعسرِ : فَإِنَّهُ يَكُونُ مَوْقُوفًا بَيْنَ وَرَثَةِ الموسرِ وَوَرَثَةِ المعسرِ . وَنَقَلَ الْمُزْنِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ : (أَنََّّهُمَا إِذَا مَاتَا . . كَانَ الْوَلَاءُ مَوْقُوفًا) .

قَالَ أَصْحَابُنَا : أَرَادَ بِذَلِكَ وَلَاؤُ نَصِيبِ المعسرِ دُونَ نَصِيبِ الموسرِ لِمَا بَيَّنَّاهُ .

مَسْأَلَةٌ : [لَا يَتَّبِعُ وَلَدُ الْمَكَاتِبَةِ أُمَّهُ] :

إِذَا كَاتَبَ أُمَةٌ ثُمَّ حَمَلَتْ بَعْدَ الْكِتَابَةِ بَوْلَدٍ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زَنًا . . فَإِنَّ الْوَلَدَ يَكُونُ مَمْلُوكًا وَلَا يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي الْكِتَابَةِ .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : (يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي الْكِتَابَةِ) .

دَلِيلُنَا : أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ ، فَلَمْ يَتَّبِعِ الْوَلَدُ فِيهِ الْأُمَّ ، كَالْبَيْعِ . وَفِيهِ أَحْتَرَاظٌ مِنَ التَّدْبِيرِ .

إذا ثبتَ هذا : فما حكمُ الولدِ ؟ فيه قولان :

أحدهما : أنه مملوكٌ للمولى ، وهو الأصحُّ ؛ لأنه عقدٌ يلحقُهُ الفسخُ ، فلم يسرِ حكمُهُ إلى الولدِ ، كالرهنِ .

فعلى هذا : يكونُ كسبهُ للمولى ، وله أن يتصرفَ فيه بسائرِ التصرفاتِ التي يتصرفُ بها في سائرِ عبيدهِ مِنَ البيعِ والاستخدامِ والوطءِ .

والثاني : أنه موقوفٌ على حكمِ الأمِّ ، فإن رقتِ الأمُّ . . رقت معها . وإن عتقت . . عتق ؛ لأنَّ الكتابةَ سببٌ يستحقُّ به العتقُ ، فتبعَ الولدُ الأمَّ في ذلك ، كالاستيلادِ .

فإذا قلنا بهذا : فالكلَّامُ في قيمتهِ إذا قُتِلَ ، وفي كسبهِ ، وفي نفقتهِ ، وفي عتقهِ . فأما قيمتهُ : فإنه إذا قُتِلَ . . وجبت قيمتهُ على القاتلِ ؛ لأنه مملوكٌ يُضمنُ بالقيمةِ ، ولمن تكونُ هذهِ القيمةُ ؟ فيه قولان :

أحدهما : أنها للمولى ؛ لأنه تابعٌ لأمِّه ، ولو قُتِلَت أمُّه . . لكانت قيمتها لمولاهِ ، فكذلك قيمةُ ولدها .

والثاني : أنها تُصرفُ إلى المكاتبَةِ لتستعينَ بها على كتابتها ؛ لأنَّ السيّدَ كان لا يستحقُّ التصرفَ في رقبتهِ مع كونه قنّاً ، فلا يستحقُّ قيمتهُ ، فإذا لم يستحقّها السيّدُ . . كانت للأمِّ ؛ لأنه لا فائدةَ في إيقافِ القيمةِ .

وأما كسبهُ : فنصَّ الشافعيُّ رحمه الله فيه على قولين :

(أحدهما : أنه للمكاتبَةِ ، تستعينُ به على كتابتها ؛ لأنَّ الولدَ تابعٌ لها وجزءٌ منها .

والثاني : أنه يكونُ موقوفاً كالولدِ ، فإن رقتِ الأمُّ . . رقت الولدُ ، وكان الكسبُ للسيّدِ . وإن عتقتِ الأمُّ . . عتقَ الولدُ وكان كسبهُ له ؛ لأنه لما كانت ذاته ^(١) موقوفة . . وجب أن يكونَ كسبهُ موقوفاً) .

ومن أصحابنا من خرّجَ في الكسبِ قولاً ثالثاً : أنه يكونُ للسيّدِ ؛ لأنَّ كسبَ ولدِ أمِّ الولدِ للسيّدِ ، فكذلك كسبُ ولدِ المكاتبَةِ .

ومنهم مَنْ قَالَ : هِيَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِمَا .
والفرقُ بَيْنَ وَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ وَوَلَدِ الْمَكَاتِبَةِ أَنَّ كَسْبَ أُمِّ الْوَلَدِ لِلسَّيِّدِ ، فَكَانَ كَسْبُ وَلَدِهَا
لَهُ ، وَكَسْبُ الْمَكَاتِبَةِ لَا يَمْلِكُهُ السَّيِّدُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبُ وَلَدِهَا .
قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : وَإِنْ جُنِيَ عَلَى أَعْضَاءِ هَذَا الْوَلَدِ . . وَجَبَ الْأَرْشُ عَلَى الْجَانِي ،
وَكَانَ كَكَسْبِ الْوَلَدِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ .
وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْكَسْبَ مَوْقُوفٌ فَمَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ عَتَقِ الْأُمِّ أَوْ عَجَزِهَا . . كَانَ كَسْبُهُ
كَقِيمَتِهِ إِذَا قُتِلَ ، عَلَى مَا مَضَى مِنَ الْقَوْلَيْنِ .
وَإِنْ أَشْرَفَ^(١) الْأُمُّ عَلَى الْعَجَزِ ، وَقُلْنَا : إِنَّ كَسْبَ الْوَلَدِ مَوْقُوفٌ . . فَهَلْ لِلأُمِّ أَنْ
تَأْخُذَهُ لِتَوْذِيهِ لِلْمَوْلَى فَتَعْتَقَ بِهِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :
أَحَدُهُمَا : لَهَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ حَظًّا لِلْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهَا إِذَا عَتَقَتْ . . عَتَقَ الْوَلَدُ .
وَالثَّانِي : لَيْسَ لَهَا أَنْ تَأْخُذَهُ ؛ لِأَنَّ الْكَسْبَ لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهَا ، وَإِنَّمَا هُوَ مَوْقُوفٌ
عَلَى السَّيِّدِ أَوْ الْوَلَدِ .
وَأَمَّا نَفَقَةُ الْوَلَدِ : فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ كَسْبَهُ لِلسَّيِّدِ . . كَانَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ .
وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ كَسْبَهُ لِأُمِّهِ . . كَانَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهَا .
وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ كَسْبَهُ مَوْقُوفٌ . . كَانَتْ نَفَقَتُهُ فِي كَسْبِهِ . وَإِنْ لَمْ يَفِ كَسْبُهُ بِنَفَقَتِهِ . .
فَفِيهِ وَجْهَانِ :
أَحَدُهُمَا : يَجِبُ تَمَامُهَا عَلَى السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّ الْمَغْلَبَ فِي ذَلِكَ حَظُّهُ ؛ لِأَنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَيْهِ
لِيَتَمَلَّكَهُ .
وَالثَّانِي : يَجِبُ تَمَامُهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يَمْلِكُهُ ، فَلَا يَلْزِمُهُ الْإِنْفَاقُ
عَلَيْهِ ، فَيَكُونُ مُحْتَاجًا لَيْسَ لَهُ مَنْ يَنْفَقُ عَلَيْهِ ، فَوَجِبَتْ نَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ .
وَأَمَّا عَتَقُهُ : فَإِنَّ السَّيِّدَ إِذَا أَعْتَقَ هَذَا الْوَلَدَ قَبْلَ عَجَزِ الْأُمِّ أَوْ عَتَقَهَا ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ
كَسْبَهُ وَقِيمَتَهُ لِلسَّيِّدِ ، أَوْ قُلْنَا : إِنَّهُ مَوْقُوفٌ وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَسْتَعِينَ بِهِ إِذَا عَجَزَتْ . . نَفَذَ

(١) فِي (م) : (أُرْقَّتْ) .

عتقهُ ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ فِي ذَلِكَ إِضْرَارٌ بغيرِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ كَسْبَهُ وَقيمتَهُ لِلأُمِّ . . لَمْ ينفذْ عتقُهُ ؛ لَأَنَّ فِي ذَلِكَ إِسْقَاطَ حَقِّهَا مِنْ الكَسْبِ والقيمة .

فرعٌ : [ولَدُ المكاتبَةِ جاريةٌ] :

وإِنْ كَانَ وَلَدُ المكاتبَةِ جاريةً ، وَقُلْنَا : إِنَّ وَلَدَ المكاتبَةِ موقوفٌ . . فلا يجوزُ للسَّيِّدِ وَطْؤُهَا ، كما لا يجوزُ لَهُ وَطْءُ أُمِّهَا ، فَإِنْ خَالَفَ وَوَطَّئَهَا . . فلا حَدَّ عَلَيْهِ ، كما لو وَطَّئَ أُمَّهَا .

فَإِنْ كَانَا عَالَمَيْنِ بِالتَّحْرِيمِ . . عَزَّرَا . وَإِنْ كَانَا جَاهِلَيْنِ . . لَمْ يُعَزَّرَا .
وإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَالِمًا وَالْآخَرُ جَاهِلًا . . عَزَّرَ الْعَالِمُ مِنْهُمَا دُونَ الْجَاهِلِ .
وَأَمَّا الْمَهْرُ : فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الكَسْبَ للسَّيِّدِ . . فلا مَهْرَ عَلَيْهِ .
وإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الكَسْبَ لِلأُمِّ . . وَجَبَ عَلَيْهِ الْمَهْرُ لِلْمَكَاتِبَةِ .
وإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ موقوفٌ . . أَخِذَ مِنْهُ الْمَهْرُ وَوُقِفَ .

وإِنْ أَفْتَضَّهَا أَوْ أَفْضَاهَا . . كَانَ أَرشُ الْاِفْتِضَاضِ وَقيمتُهَا لِلإِفْضَاءِ ككسبِهَا عَلَى ما مضى .

وإِنْ أَحْبَلَهَا . . كَانَ وَلَدُهُ مِنْهَا حُرًّا ، ويلحقُهُ نَسَبُهُ ، وتصيرُ أُمُّ وَلَدِهِ ؛ لَأَنَّهَا حَمَلَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ .

وَأَمَّا قِيمَتُهَا : فَقَالَ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا : لا يَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا ؛ لَأَنَّ الْقِيَمَةَ تَجِبُ لِمَنْ يَمْلِكُهَا ، وَالْأُمُّ لا تَمْلِكُهَا .

وَقَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي قِيمَتِهَا قَوْلَانِ هَاهُنَا ، كما لو أَتْلَفَتْ . ولا يَجِبُ عَلَيْهِ قِيَمَةُ وَلَدِهَا ؛ لَأَنَّهَا تَضَعُهُ فِي مِلْكِهِ .

وإِنْ كَانَ لِلْمَكَاتِبَةِ أُمَةٌ . . لَمْ يَجْزُ للسَّيِّدِ وَطْؤُهَا ؛ لَأَنَّهَا مِلْكٌ لِلْمَكَاتِبَةِ .

فَإِنْ خَالَفَ وَوَطَّئَهَا . . فلا حَدَّ عَلَيْهِ لِشَبْهَةِ الْمِلْكِ ؛ لَأَنَّهُ يَمْلِكُ مَالَكُهَا ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ ، ويدفعُهُ إِلَى الْمَكَاتِبَةِ ؛ لَأَنَّ كَسْبَ جَارِيَتِهَا لَهَا .

وإن أحببها . . صارَ ولدُها منها حرّاً ، وَلَحَقَهُ نَسَبُها ، وصارت أمُّ ولدٍ لَه ، ويجبُ عليه قيمَتُها للمكاتبَةِ ، ولا يجبُ عليه لها قيمةٌ ولَدِها ؛ لأنَّها تضعُها في ملكه .

فرعٌ : [ولد ولد المكاتبَة] :

وأما ولدُ ولدِ المكاتبَةِ : فإنَّ الشافعيَّ قالَ : (وولدُ البناتِ كالبناتِ ، وولدُ البنينِ كالأمهاتِ) يريدُ : أنَّ ولدَ بنتِ المكاتبَةِ حكمُه حكمُ أمِّه ، وولدُ ابنِ المكاتبَةِ حكمُه حكمُ أمِّه دونَ أبيه .

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ : ولدُ البنتِ يكونُ داخلاً في كتابَةِ جدِّتهِ .

وقال أبو حنيفةٌ : (يدخلُ في كتابَةِ أمِّه دونَ جدِّتهِ) .

ودليلُنا : أنَّ الولدَ من كسبِ أمِّه ، والأمُّ تابعةٌ للمكاتبَةِ ، فكذلكَ ولَدُها ، كسائرِ أكسابِها . ونحنُ نريدُ بذلكَ في حكمِ الكتابَةِ لا في الكتابَةِ .

مسألةٌ : [حبس المكاتب ومنعه عن التصرف] :

وإذا كاتبَ الرجلُ عبداً له على مالٍ معلومٍ إلى أجلٍ ، ثمَّ إنَّ السيّدَ حبسَ المكاتبَ ومنعَهُ عَنِ التصرفِ مدّةً . . ففيهِ قولانِ منصوصانِ في « الأم » :

(أحدهما : يلزمُه أن يخلِيه مثلَ تلكِ المدّةِ التي حبسَهُ فيها ليكتسبَ فيها ؛ لأنَّه دخلَ معَهُ في عقدٍ على أن يَمكِّنَهُ مِنَ التصرفِ تلكِ المدّةِ التي شَرَطَها ، فلزمَهُ الوفاءُ بذلكِ) .

والثاني : يلزمُه أَجرُهُ مثلهِ في مثلِ تلكِ المدّةِ التي شَرَطَها ، فلزمَهُ الوفاءُ بذلكِ . وهو الأصحُّ ؛ لأنَّ المنافعَ تُضمَّنُ بالأجرةِ ولا تُضمَّنُ بالمِثلِ ، فهو كما لو غصبَ من رجلٍ مالاً : داراً أو عبداً .

فرعٌ : [أخذ الأعداء المكاتب لا يمنع الملك] :

وإن كاتبَ مسلمٌ عبداً له ، ثمَّ ظَهَرَ المشركونَ على الدارِ وأخذوا المكاتبَ . . فإنَّهم لا يملكونَهُ بالأخذِ .

فَإِنْ حَبَسُوهُ مَدَّةً ، ثُمَّ خَلَصَ مِنْ أَيْدِيهِمْ . . فَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ :

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَلْزُمُ السَّيِّدُ أَنْ يَخْلِيَهُ مِثْلَ تِلْكَ الْمَدَّةِ الَّتِي حَبَسَهُ الْمَشْرُكُونَ فِيهَا .

وَالثَّانِي : لَا يَلْزُمُهُ تَخْلِيَتُهُ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ فِي الَّتِي قَبَّلَهَا . فَأَمَّا الْأَجْرَةُ : فَإِنَّهَا لَا تَجِبُ

عَلَى السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْبِسْهُ بِنَفْسِهِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَا يَلْزُمُهُ تَخْلِيَتُهُ لِلَاكْتِسَابِ هَاهُنَا قَوْلًا وَاحِدًا .

وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ وَالَّتِي قَبَّلَهَا : أَنَّ السَّيِّدَ هُنَاكَ حَبَسَ الْمَكَاتِبَ وَهَاهُنَا لَمْ يَحْبِسْهُ ،

وَلَا لَهُ فِي حَبْسِهِ فِعْلٌ .

فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَلْزُمُهُ تَخْلِيَتُهُ ، فَإِنْ لَمْ يَحِلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ . . فَلَيْسَ لَهُ مَطَالِبَتُهُ . وَإِنْ كَانَ

قَدْ حُلَّ عَلَيْهِ نَجْمٌ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَالٌ وَأَدَّاهُ . . عَتَقَ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مَالٌ . . فَلِلْسَيِّدِ أَنْ

يُعْجِزَهُ وَيَفْسَخَ الْكِتَابَةَ .

وَإِنْ قُلْنَا : يَلْزُمُهُ تَخْلِيَتُهُ ، فَفِعَلَ ، وَاكْتَسَبَ مَالًا وَأَدَّاهُ . . عَتَقَ .

وَإِنْ أَنْقَضَتِ الْمَدَّةُ وَلَا مَالَ مَعَهُ . . فَلِلْسَيِّدِ أَنْ يَفْسَخَ الْكِتَابَةَ .

مَسْأَلَةٌ : [إِيتَاءُ السَّيِّدِ شَيْئًا لِلْمَكَاتِبِ] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ : (وَيُجْبَرُ السَّيِّدُ عَلَى أَنْ يَضَعَ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْئًا)^(١) .

وَجَمَلُهُ ذَلِكَ : أَنَّ الْإِيتَاءَ فِي الْكِتَابَةِ وَاجِبٌ عِنْدَنَا ، وَهُوَ : أَنْ يَحْطَّ عَنْهُ السَّيِّدُ شَيْئًا

مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ مَا يَسْتَعِينُ بِهِ فِي آدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ . وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ .

(١) فِي حَاشِيَةِ نَسْخَةِ : (وَأَحْسِبُهُ قَالَ : مِنْ آخِرِ نَجْوَاهُ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ [فِي « أَحْكَامِ الْقُرْآنِ »

(١٧١ / ٢) وَ « الْأَم » (٣٦٤ / ٧) : أَنَّهُ قَالَ فِي هَذِهِ الْآيَةِ ﴿ وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾

[النور : ٣٣] يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى : (ضَعُوا عَنْهُمْ مِنْ مَكَاتِبِهِمْ) [وَفِيهِمَا قَالَ : فَيُجْبَرُ سَيِّدُ الْمَكَاتِبِ

عَلَى أَنْ يَضَعَ عَنْهُ مِمَّا عَقَدَ عَلَيْهِ الْكِتَابَةَ شَيْئًا ، وَإِذَا وَضَعَ عَنْهُ شَيْئًا مَا كَانَ . . لَمْ يُجْبَرْ عَلَى أَكْثَرِ

مَنْهُ] . وَعَنْ فَضَالَةَ قَالَ : كَاتِبِي عُمَرَ فَاسْتَقْرَضَ مِنْ حَفْصَةَ مِثْثِي دَرَاهِمَ فَأَعَانَنِي بِهَا ، فَذَكَرْتُ

ذَلِكَ لِعَمْرَةَ فَقَالَ : هُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى ، وَسَاقِ الْآيَةِ . مِنْ « شَرْحِ التَّنْبِيهِ » لِابْنِ الرَّفْعَةِ .

وَقَالَ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ : (الْإِيتَاءُ مُسْتَحَبٌّ غَيْرُ وَاجِبٍ) .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾ [النور : ٣٣] وهذا أمرٌ ، والأمرُ يقتضي الوجوب .

وروي عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَنَّهُ قَالَ فِي هَذِهِ الْآيَةِ : (ضَعُوا عَنْهُ رِبْعَ مَالِ الْكَتَابَةِ) ^(١) .

وعنِ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي هَذِهِ الْآيَةِ : أَنَّهُ قَالَ : (ضَعُوا عَنْهُمْ مِنْ مَّكَاتِبِهِمْ شَيْئاً) ^(٢) .
وعنِ ابْنِ عَمْرٍ : (أَنَّهُ كَاتَبَ عَبْدًا لَهُ بِخَمْسَةِ وَثَلَاثِينَ أَلْفًا ، فَأَخَذَ مِنْهُ ثَلَاثِينَ أَلْفًا ، وَتَرَكَ خَمْسَةَ آلَافٍ) ^(٣) .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَالْكَلَامُ فِي الْإِيتَاءِ فِي أَرْبَعَةِ مَوَاضِعَ :

(١) أَخْرَجَ خَبْرَ عَلِيٍّ الْمُرْتَضَى عَنْ عَطَاءِ النَّسَائِيِّ فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » (٥٠٣٦) ، وَمِنْ طَرِيقِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ السَّلْمِيِّ النَّسَائِيِّ أَيْضاً (٥٠٣٧) وَ (٥٠٣٨) فِي الْعَتَقِ ، بَابُ : تَأْوِيلُ قَوْلِ اللَّهِ جَلَّ ثَنَاهُ ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ ﴾ ، وَعَبْدُ الرَّزَاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » (١٥٥٩٠) وَ (١٥٥٩١) ، وَالْحَاكِمُ فِي « الْمُسْتَدْرَكِ » (٣٩٧/٢) ، وَالْبَيْهَقِيُّ فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » (٢٣٩/١٠) فِي الْعَتَقِ .

وَرَوَاهُ عَنْ عَلِيٍّ مَرْفُوعاً النَّسَائِيُّ فِي « الْكُبْرَى » (٥٠٣٤) وَ (٥٠٣٥) ، وَعَبْدُ الرَّزَاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » (١٥٥٨٩) ، وَالْحَاكِمُ فِي « الْمُسْتَدْرَكِ » (٣٩٧/٢) . وَأُورِدَهُ الْحَافِظُ فِي « تَلْخِيسِ الْخَبَرِ » (٢٣٩/٤) وَقَالَ : وَصَحَّحَ الْمَوْقُوفُ النَّسَائِيُّ ، كَذَا قَالَ الْبَيْهَقِيُّ وَالدَّارِقُطَنِيُّ . قَالَ عَبْدُ الْحَقِّ : وَرَوَاهُ ابْنُ جَرِيرٍ عَنْ عَطَاءِ بْنِ السَّائِبِ عَنِ السَّلْمِيِّ مَرْفُوعاً ، وَابْنُ جَرِيرٍ إِنَّمَا سَمِعَ مِنْ عَطَاءٍ بَعْدَ الْإِخْلَاطِ ، وَرَوَايَةُ الْوَقْفِ أَصَحُّ .

(٢) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ الطَّبْرِيُّ فِي « التَّفْسِيرِ » (٢٦٠٥٥) ، وَالْبَيْهَقِيُّ فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » (٣٣٠/١٠) وَذَكَرَهُ ابْنُ كَثِيرٍ فِي « التَّفْسِيرِ » (٢٨٨/٣) ، وَالسُّيُوطِيُّ فِي « الدَّر المنثور » (٨٢/٥) وَزَادَ نَسْبَتَهُ إِلَى سَعِيدِ بْنِ مَنْصُورٍ وَابْنِ الْمُنْذَرِ وَابْنِ أَبِي حَاتِمٍ .

(٣) أَخْرَجَ خَبْرَ ابْنِ عَمْرِو الشَّافِعِيِّ فِي « الْأَمِّ » (٣٦٤/٧) وَالْبَيْهَقِيُّ فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » (٣٣٠/١٠) فِي الْعَتَقِ . وَرَوَاهُ عَنْ ابْنِ عَمْرِو بَلَاغاً مَالِكٌ فِي « الْمَوْطَأِ » (٧٨٨/٢) . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَمْرِو عَبْدِ الرَّزَاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » (١٥٥٩٥) وَالْبَيْهَقِيُّ فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » (٣٣٠/١٠) : (كَانَ ابْنُ عَمْرِو إِذَا كَاتَبَ عَبْدًا . كَرِهَ أَنْ يَضَعَ عَنْهُ فِي أَوَّلِ نَجْوَاهُ إِلَّا فِي آخِرِهِ ؛ مَخَافَةَ أَنْ يَعْجِزَ) .

أَحَدُهَا : فِي وَقْتِ جَوَازِهِ .

وَالثَّانِي : فِي وَقْتِ وَجُوبِهِ .

وَالثَّلَاثُ : فِي قَدْرِهِ .

وَالرَّابِعُ : فِي جِنْسِهِ .

فَأَمَّا وَقْتُ جَوَازِهِ : فَمِنْ بَعْدِ عَقْدِ الْكِتَابَةِ إِلَى حِينَ آدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِعُمُومِ الْآيَةِ ، وَلِأَنَّ الْقَصْدَ إِعَانَتُهُ عَلَى الْآدَاءِ ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ كُلَّ وَقْتٍ مِنْ هَذِهِ الْأَوْقَاتِ .

وَأَمَّا وَقْتُ وَجُوبِهِ : فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَجِبُ إِلَّا بَعْدَ الْعَتَقِ ؛ لِأَنَّهُ مُشَبَّهٌ بِالْمُتَعَةِ فِي الطَّلَاقِ ، وَالْمُتَعَةُ لَا تَجِبُ إِلَّا بَعْدَ الطَّلَاقِ .

وَالثَّانِي - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي إِسْحَاقَ - : أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ وَجُوبُهُ إِذَا أَدَّى أَكْثَرَ مَالِ الْكِتَابَةِ وَبَقِيَ عَلَيْهِ قَدْرُ الْإِيتَاءِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا آتَاهُ وَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ قَدْرِ الْإِيتَاءِ رَبَّمَا عَجَزَ نَفْسُهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَلَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ بِالْإِيتَاءِ .

وَأَمَّا قَدْرُهُ : فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي إِسْحَاقَ - : أَنَّ الْإِيتَاءَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَإِنْ كَثُرَ مَالُ الْكِتَابَةِ .. كَثُرَ الْإِيتَاءُ . وَإِنْ قَلَّ مَالُ الْكِتَابَةِ .. قَلَّ الْإِيتَاءُ .

هَكَذَا حَكَاهُ الشَّيْخَانِ : أَبُو حَامِدٍ ، وَأَبُو إِسْحَاقَ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ ، وَحَكَاهُ أَبُو الصَّبَّاحِ عَنْهُ^(١) : أَنَّ الْإِيتَاءَ يَخْتَلِفُ بِسَارِ الْمَكَاتِبِ وَإِعْسَارِهِ .

فَإِنْ تَرَاضِيََا عَلَى قَدْرِ الْإِيتَاءِ .. فَلَا كَلَامَ ، وَإِلَّا .. رَفَعَاهُ إِلَى الْحَاكِمِ ؛ لِيُقَدَّرَهُ بِأَجْتِهَادِهِ ، كَمَا قُلْنَا فِي احْتِمَاعِهِ .

وَالثَّانِي - وَهُوَ الْمَنْصُوصُ - : (أَنَّهُ يُجْزَى السَّيِّدَ مِنْ ذَلِكَ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْاسْمُ مِنْ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ) ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَا تَوْهَمُ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَيْنَاكُمْ ﴾ [النور : ٣٣] وَهَذَا عَمُومٌ يَقَعُ عَلَى الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ .

(١) فِي (م) : (عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ) .

وَأَمَّا جِنْسُهُ : فَإِنْ حَظَّ عَنْهُ بَعْضُ مَالِ الْكِتَابَةِ . . أَجْزَأَهُ . وَإِنْ أَخَذَ مِنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ ثُمَّ دَفَعَ إِلَيْهِ بَعْضَ مَا أَخَذَ مِنْهُ . . جَازَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ أَمَرَ بِالْإِيتَاءِ ، وَحَقِيقَةُ الْإِيتَاءِ تَقَعُ عَلَى الدَّفْعِ ، وَالْحَظُّ أَوَّلَى مِنَ الدَّفْعِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْإِيتَاءِ وَزِيَادَةً ، وَلِأَنَّهُ أَنْفَعُ لَهُ مِنَ الدَّفْعِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَكَلَّفِ الْمَشَقَّةَ فِي تَحْصِيلِهِ ، وَلِأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فَسَرَوْا الْإِيتَاءَ بِالْحَظِّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى دِرَاهِمٍ فَأَعْطَاهُ السَّيِّدُ دَنَانِيرَ ، أَوْ كَاتَبَهُ عَلَى دَنَانِيرَ فَأَعْطَاهُ السَّيِّدُ دِرَاهِمَ . . لَمْ يُجَبِّرِ الْعَبْدُ عَلَى قَبُولِهِ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ ﴾ وَهَذَا آتَاهُ مِنْ غَيْرِ الْمَالِ الَّذِي آتَاهُ .

وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى دِرَاهِمٍ فَأَعْطَاهُ السَّيِّدُ دِرَاهِمَ مِنْ غَيْرِ الْمَالِ الَّذِي أَعْطَاهُ الْمَكَاتِبُ . . فَهَلْ يَلْزُمُ الْعَبْدَ الْمَكَاتِبُ قَبُولُهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَلْزُمُهُ قَبُولُهَا ، كَمَا لَوْ أَخْرَجَ الزَّكَاةَ مِنْ غَيْرِ الْمَالِ الَّذِي وَجِبَتْ فِيهِ الزَّكَاةُ ، إِلَّا أَنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ .

وَالثَّانِي : لَا يَلْزُمُهُ قَبُولُهُ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ ﴾ وَفَسَّرْتُهُ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ : بِحَظِّ بَعْضِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّ الْإِيتَاءَ يَخْتَصُّ بِنَفْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ .

فَرَعٌ : [أداء مال الكتابة قبل حلول الأجل] :

وَإِنْ أَدَّى الْمَكَاتِبُ جَمِيعَ مَالِ الْكِتَابَةِ قَبْلَ الْإِيتَاءِ . . عَتَقَ وَلِزِمَ الْمَوْلَى أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ حَقًّا ، فَلَا يَسْقُطُ حَقُّهُ بِأَدَائِهِ مَا عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ دَيْنٌ فَقَضَى أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ دَيْنَهُ .

وَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى قَبْلَ الْإِيتَاءِ . . لَمْ يَسْقُطِ الْإِيتَاءُ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ وَاجِبٌ لِّأَدَمِيٍّ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِمَوْتِهِ ، كَالَّذِينَ .

فَإِنْ كَانَ مَالُهُ يَفِي بِدَيْنٍ - إِنْ كَانَ عَلَيْهِ - وَبِالْإِيتَاءِ . . اسْتَوْفِيَ ذَلِكَ مِنْ تَرْكِتِهِ .

وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَأَوْصَى بِوَصَايَا ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُ يَفِي بِالذَّيْنِ وَالْوَصَايَا وَالْإِيتَاءِ . .

أَسْتَوْفِيَ ذَلِكَ كُلَّهُ مِنْ تَرْكِهِ . وَإِنْ كَانَ مَالُهُ لَا يَفِي بِذَلِكَ كُلِّهِ . . فنَقَلَ الْمُزْنِيُّ : (أَنَّ
المكاتبَ يحاصُّ أهلَ الدِّينِ والوَصَايَا) وأخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ :

فمنهُم مَنْ ذَهَبَ إِلَى ظَاهِرِ مَا نَقَلَهُ الْمُزْنِيُّ ، وَأَنَّ المكاتبَ يحاصُّ أَصْحَابَ
الوَصَايَا ؛ لِأَنَّ الْإِيتَاءَ غَيْرُ مُقَدَّرٍ وَضَعْفَ أَمْرِهِ وَإِنْ كَانَ وَاجِباً ، فَسَاوَى أَصْحَابَ
الوَصَايَا .

ومنهُم مَنْ قَالَ : يَقْدَمُ الْإِيتَاءُ عَلَى الوَصَايَا ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ، والدِّينُ
مُقَدَّمٌ عَلَى الوَصَايَا . وتأَوَّلُوا مَا نَقَلَهُ الْمُزْنِيُّ ثَلَاثَ تَأْوِيلَاتٍ :

أَحَدُهَا : أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّ الْإِيتَاءَ مُقَدَّمٌ عَلَى المِيرَاثِ ، كَمَا يَقْدَمُ الدِّينُ وَالْوَصَايَا عَلَيْهِ ؛
لِأَنَّهُ أَرَادَ أَنَّ الْإِيتَاءَ يُسَوِّي بَيْنَهُ وَبَيْنَ الوَصَايَا .

والثَّانِي : أَنَّهُ أَرَادَ بِذَلِكَ إِذَا كَانَ قَدْ ثَبَتَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِالْبَيِّنَةِ وَدَيْنٌ بِالْوَصِيَّةِ ، فَإِنَّ
المكاتبَ يساوي أَصْحَابَ الدِّينِ الَّذِينَ ثَبَتَ دَيْنُهُم بِالْوَصِيَّةِ ، كَمَا يساوي أَصْحَابَ الدِّينِ
الَّذِينَ ثَبَتَ دَيْنُهُم بِالْبَيِّنَةِ .

والثَّالِثُ : أَنَّهُ أَرَادَ بِذَلِكَ : إِذَا كَانَ قَدْ أَوْصَى لِلْمَكَاتِبِ بِزِيَادَةِ عَلَى قَدْرِ الْوَاجِبِ لَهُ
مِنَ الْإِيتَاءِ . . فَإِنَّهُ يَحَاصُّ بِالْقَدْرِ الْوَاجِبِ مِنْ غَيْرِ الوَصِيَّةِ أَهْلَ الدِّينِ ، وَيَحَاصُّ بِمَا زَادَ
عَلَيْهِ أَهْلَ الوَصَايَا ؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ لَهُ بِالْوَصِيَّةِ .

فِرْعُ : [قول السيد رقيقى أحراراً :

إِذَا قَالَ : مَمَالِكِي ، أَوْ رَقِيقِي أَحْرَاءُ . . عَتَقَ كُلَّ عَبْدٍ لَهُ وَمَدْبَرٍ وَأُمٍّ وَلَدٍ .

وَإِنْ كَانَ لَهُ مَكَاتِبُ . . فنَقَلَ الْمُزْنِيُّ : (أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ) .

وَقَالَ الرَّبِيعُ : سَمَاعِي عَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ : (أَنَّهُ يَعْتَقُ) .

فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا يَعْتَقُ قَوْلًا وَاحِدًا ، وَمَا قَالَهُ الرَّبِيعُ مِنْ تَخْرِيجِهِ .

ومنهُم مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ أَنَّهُ سَمَاعُهُ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ؛ لقَوْلِهِ ﷺ : « أَلْمَكَاتِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ » ، وَلِأَنَّهُ

مَمْلُوكٌ ، فَكَانَ مَمْلُوكًا لِسَيِّدِهِ .

والثاني : لا يعتق ؛ لأنه كالخارج عَنْ مِلْكِ سَيِّدِهِ ، فلا يتصرفُ في رقبته ولا في منفعتِهِ ، ولا يستحقُّ كلُّ واحدٍ منهما حقّاً على صاحبه ، فلم يدخل في اسم مملوكيه ولا رقيقه ، كالحُرِّ . وَمَنْ قَالَ بهذا . . قال : المكاتبُ مملوكٌ لا مالك له ، كستارة الكعبة .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ يَقُولُ : هُوَ مَمْلُوكٌ لِنَفْسِهِ ولا يعتقُ عليه ؛ لأنه لَمْ يكْمُلْ ملكه ، كما إذا اشترى عبداً . . فَإِنَّهُ يملكه ولا ينفذُ عتقه فيه .

وبالله التوفيقُ

* * *

بابُ الأداءِ والمعْجَزِ

ولا يعتقُ المكاتبُ ولا شيءٌ منه بالكتابةِ حتَّى يؤدِّيَ جميعَ مالِ الكتابةِ . وبه قالَ عمرُ ، وأبْنُ عمرَ ، وزيدُ بنُ ثابتٍ ، وعائشةُ ، وأمُّ سلمةُ ، وأبْنُ المسيَّبِ ، والحسنُ البصريُّ ، والزهرِيُّ ، ومالكُ ، والثوريُّ ، وأبو حنيفةٌ وأصحابُهُ .
وقالَ أبْنُ مسعودٍ : (إذا أدَّى قَدْرَ قيمَتِهِ . . عتقَ ، وكانَ زعيماً بالباقي بعدَ عتقه)^(١) .

ورويَ عَن عليٍّ رضيَ اللهُ عنه روايتان :
إحداهُما : (أَنَّهُ إِذَا أَدَّى نِصْفَ ما عليه . . عتقَ كُلَّهُ ، وطُوبىَ بالباقي .
والثانيةُ : أَنَّهُ يعتقُ مِنْهُ بقدرِ ما يؤدِّي)^(٢) .
وقالَ أبْنُ سريجٍ : إِذَا أَدَّى ثُلْثَ ما عليه . . عتقَ كُلَّهُ وأدَّى الباقيَ في حالِ حُرِّيَّتِهِ .
ودليلُنا : ما روى عمرو بنُ شعيبٍ عَن أبيهِ ، عَن جدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قالَ :
« أَلْمُكَاتِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذَرَمٌ مِنْ مُكَاتَبَتِهِ » .

(١) أورد القلعجي في « فقه عبد الله بن مسعود » (ص / ٢٤٧) روايات : وقال في خامسها : وهي توافق الصحيحة عن عمر رضي الله عنه : أنه إذا أدى قيمته فهو حر ، ونسب القول إلى ابن حزم في « المحلى » (٣٣٠ / ٩) و « آثار أبي يوسف » (٨٦١) .
(٢) أخرج خير الفتى علي بنحوه النسائي في « الكبرى » (٥٠٢٣) في العتق ، باب : ذكر المكاتب يؤدي بعض كتابته .

ورواه عن علي المرتضى مرفوعاً النسائي في « الكبرى » (٥٠٢٢) ، وفي الباب :
رواه عن ابن عباس أبو داود (٤٥٨٢) في الديات ، والترمذي (١٢٥٩) في البيوع ، والنسائي في « الكبرى » (٥٠٢١) في العتق ، و « الصغرى » (٤٨١١) في القسامة وفيه لفظ : « إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه ، وأقيم عليه الحد بحسب ما عتق منه » . وعند الترمذي : « يؤدي المكاتب بحصته ما أدى دية حر ، وما بقي دية عبد » .
قال الترمذي : هذا حديث حسن .

ولأنه عتق عتقه على دفع ماله ، فلم يعتق قبل أداء جميعه ، كما لو قال لعبده : إن أدت إلي ألفاً . . فأنت حر .

مسألة : [إبراء أحد المكاتبين] :

وإن كاتب رجلان عبداً بينهما كتابة صحيحة ، ثم أبرأه أحدهما ممّا عليه ، أو أعتق نصيبه منه . . عتق عليه ، كما لو كاتب عبداً فأبرأه من مال الكتابة أو أعتقه . وهل يقوم عليه نصيب شريكه إن كان موسيراً ؟

قال الشيخ أبو حامد : يقوم عليه قولاً واحداً ، كغير المكاتب .

وقال الشيخ أبو إسحاق : يجب أن يكون التقويم على قولين ، كما قلنا في الشريكين إذا دبرا عبداً بينهما ، ثم أعتق أحدهما نصيبه .

فإذا قلنا : يقوم عليه . . فمتى يقوم عليه ؟ فيه قولان :

أحدهما : يقوم عليه في الحال ؛ لأنّ التقويم لحظّ العبد ، والحظّ له بالتقويم في الحال لتعجّل له الحرّية ، فقوم في الحال ، كغير المكاتب .

والثاني : يؤخّر التقويم إلى أن يعجز العبد ؛ لأنّ التقويم في الحال يسقط ما ثبت للآخر من ولاء نصفه ، فتأخّر التقويم .

فعلى هذا : إن أدّى ما بقي عليه من مال الكتابة . . عتق نصيب السيّد الذي لم يعتق عليه ، وكان الولاؤ بينهما . وإن عجز . . قوم نصيب الشريك الذي لم يعتق على المعتق ، وعتق عليه ، وكان له ولاء جميعه .

فرع : [لا تنفسخ الكتابة بموت السيّد] :

وإن كاتب رجل عبداً ، ومات السيّد قبل الأداء ، وخلف أبني . . فإن الكتابة لا تنفسخ بموت السيّد ؛ لأنها لازمة من جهته . فإن أدّى مال الكتابة إليهما . . عتق ؛ لأنهما قائمان مقام الأب فيعتق بالأداء إليهما ، كما يعتق بالأداء إلى الأب . ويكون الولاؤ لأبيهما ؛ لأنه عتق بسبب منه ويتنقل إليهما ، فإن عجز . . فسحا الكتابة وعاد

رقيقاً لهما . وإن أراد أن يؤدّي مال الكتابة إلى أحدهما دون الآخر . . لم يَجْز ؛ لأنَّ الحقَّ لهما ، فلا يجوز أن يُفرد أحدهما بالأداء .

فإن خالف وأدّى مال الكتابة إلى أحدهما . . فهل يعتق نصيبه ؟

قال ابن الصبّاغ : فيه قولان .

وإن أعتق أحدهما نصيبه منه ، أو أبرأه ممّا له عليه . . برىء ممّا له عليه ، وعتق نصيبه منه . وبه قال أحمد .

وقال أبو حنيفة : (لا يعتق إلاّ بأداء جميع مال الكتابة) .

دلّلنا : أنّه أبرأه من جميع ما له عليه ، فعتق نصيبه منه ، كما لو كاتب عبداً له وأبرأه من مال الكتابة .

وهل يقوم عليه نصيب أخيه إن كان موسراً ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا يقوم عليه ؛ لأنّه إذا أبرأه . . عتق بحكم الكتابة ، والكتابة إنّما كانت من الميت ، بدليل أنّ الولاء له فيه ، فلا يجوز أن يقوم على الابن .

والثاني : يقوم عليه نصيب أخيه ، وهو الأصح ؛ لأنّ الحرّيّة تعجّلت له بإعتاق الابن أو إبرائه ، فقوم عليه ، كما لو كان عبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه فيه وهو موسر .

وما ذكره الأوّل لا يدلّ على عدم التقويم ؛ لأنّه قد يقع العتق والولاء لشخص ويكون التقويم على غيره ، ألا ترى أنّ رجلاً لو قال لأحد الشريكين في العبد : أعتق نصيبك عنّي على ألف ، فأعتقه عنه . . فإنّه يعتق عن السائل نصيب المعتق ، ويكون الولاء له به ، ويسري فيه العتق إلى نصيب الشريك ، ويجب تقويمه على الشريك المباشر للعتق ؟

فإذا قلنا : لا يقوم عليه . . عتق نصيب المعتق وبقي نصيب أخيه على الكتابة ، فإن أدّى إليه ما يخصّه من مال الكتابة . . عتق ، وكان ولأه جميعه للميت ، وينتقل إلى عصبائه . وإن عجز . . كان للأخ الذي لم يعتق فسخ الكتابة في نصفه ، فيعود رقيقاً له ويكون نصفه حراً ، ولمن يكون ولأه ذلك النصف ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يكونُ بينَ الاثنينِ نصفينِ ؛ لأنَّه عتقَ بالكتابةِ على الأبِ ، فانتقلَ إليهما .

والثاني : يكونُ للابنِ الذي أعتقه أو أبرأه ؛ لأنَّه الذي يَجْزُ العتقَ له .

وإذا قلنا : إنَّه يَقوِّمُ عليه نصيبُ أخيه . . فمتى يَقوِّمُ عليه ؟ اختلفَ أصحابنا فيه : فقال أكثرُهم : فيه قولان :

أحدهما : يَقوِّمُ في الحالِ .

والثاني : لا يَقوِّمُ إلَّا بعدَ العجزِ ، كالتي قبلها .

وقال أبو إسحاق المروزي : يؤخَّرُ التقويمُ إلى أنْ يعجزَ قولاً واحداً .

والفرقُ بينهما : أنَّ في هذهِ قد ثبتَ الولاءُ للميتِ بحقِّ الكتابةِ ، فإذا قوِّمَ على الابنِ عاجلاً . . انتقلَ الولاءُ عن الميتِ إليه ، والمِلْكُ لا ينتقلُ فيه ، فلمْ يَجْزُ نقلُ الولاءِ عنه بغيرِ ضرورةٍ . وفي التي قبلها إذا قوِّمَ العبدُ على أحدِ الشريكينِ . . انتقلَ المِلْكُ إليه في نصيبِ شريكه ، فانتقلَ إليه الولاءُ .

فإذا قلنا : يَقوِّمُ في الحالِ . . دفعَ إلى أخيه قيمةَ نصفِ العبدِ ، وعتقَ هذا النصفَ على الذي يَقوِّمُ عليه ، وكانَ ولأهْ هذا النصفِ له ، وفي ولأه النصفِ الذي عتقَ بالإعتاقِ أو الإبراءِ الوجهانِ الأولانِ :

أحدهما : أنَّه بينَ الابنينِ .

والثاني : أنَّه للذي أعتقه منهما أو أبرأه .

وإذا قلنا : لا يَقوِّمُ إلَّا بعدَ العجزِ . . نظرتَ :

فإنْ أدَّى المالَ الذي بقيَ عليه مِنْ مالِ الكتابةِ . . قالَ أبْنُ الصَّبَّاحِ : عتقَ ويكونُ الولاءُ بينهما .

وقالَ المحامليُّ : يكونُ ولأهْ هذا النصفِ الذي عتقَ بالأداءِ للميتِ ، وينتقلُ إلى عَصْبَاتِهِ .

وفي ولأهْ هذا النصفِ الذي عتقَ بالإعتاقِ أو الإبراءِ الوجهانِ :

أحدهما : أَنَّهُ بَيْنَ الْاِبْنَيْنِ .

والثاني : ينفردُ بِهِ الابنُ الَّذِي أَعْتَقَهُ .

وإنَّ عَجَزَ عَنْ آدَاءِ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ . . فُسِّخَتْ الْكِتَابَةُ فِي النِّصْفِ الَّذِي لِلْآخِرِ الَّذِي لَمْ يَعْتَقْ ، وَقَوْمٌ ذَلِكَ عَلَى أَخِيهِ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ ، وَكَانَ وَلَاءُ هَذَا النِّصْفِ لِلْمَقْوَمِ عَلَيْهِ . وَفِي وَلَاءِ النِّصْفِ الَّذِي عَتَقَ بِالْإِبْرَاءِ الْوَجْهَانِ .

فِرْعُ : [يدفع المكاتب للسيدین معاً] :

وإنَّ كَاتِبَ رَجُلَانِ عَبْدًا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ كِتَابَةً صَحِيحَةً . . فَلَا يَجُوزُ لِلْمَكَاتِبِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى أَحَدِهِمَا شَيْئًا مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ حَتَّى يَدْفَعَ إِلَى الْآخَرِ مِثْلَهُ .

فَإِنْ دَفَعَ إِلَى أَحَدِهِمَا شَيْئًا مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ وَلَمْ يَدْفَعْ إِلَى الْآخَرِ مِثْلَهُ ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى الَّذِي لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ . . لَمْ يَصَحَّ قَبْضُ الَّذِي قَبِضَ ، وَكَانَ لِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْقَابِضِ نِصْفَ مَا قَبِضَ . وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بِإِذْنِ الَّذِي لَمْ يَقْبِضْ . . فَهَلْ يَصَحُّ الْقَبْضُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أحدهما : لَا يَصَحُّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَخْتَارَهُ الْمُزْنِيُّ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْإِذْنِ إِنَّمَا هُوَ فِي ذِمَّةِ الْمَكَاتِبِ ، وَمَا فِي يَدِ الْمَكَاتِبِ مِلْكٌ لِلْمَكَاتِبِ ، فَلَا يَنْفُذُ فِيهِ إِذْنُ السَّيِّدِ ، فَيَكُونُ كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مَعَ الْمَكَاتِبِ أَلْفُ فُوزَنَ لِأَحَدِهِمَا خَمْسَ مِئَةِ بَرَضَا الْآخَرِ ، ثُمَّ هَلَكَتِ الْخُمْسُ مِئَةُ الَّتِي بَقِيَتْ فِي يَدِ الْمَكَاتِبِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهَا الْآذَنُ . . لَكَانَ لِلْآذِنِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْقَابِضِ بِنِصْفِ الْخُمْسِ مِئَةُ الَّتِي قَبِضَ ، وَلَوْ صَحَّ الْإِذْنُ . . لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ .

والثاني : يَصَحُّ الْقَبْضُ . قَالَ الْمُحَامِلِيُّ : وَهُوَ الْأَشْبَهُ ، لِأَنَّ لِلْسَّيِّدِ عَلَى الْمَكَاتِبِ حَقَّيْنِ ؛ حَقًّا فِي ذِمَّتِهِ وَحَقًّا فِي مَالِهِ وَهُوَ حَقُّ الْحَجَرِ ؛ لِأَنَّ لَهُ مَنَعَهُ أَنْ يَخْصَّ شَرِيكَهُ بِشَيْءٍ مِنْهُ فَإِذَا آذَنَ لَهُ فِي دَفْعِهِ ، فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنَ الْحَجَرِ وَبَقِيَ حَقُّهُ الَّذِي فِي ذِمَّتِهِ ، فَصَارَ كَرَجُلٍ لَهُ فِي ذِمَّةِ رَجُلٍ دَيْنٌ وَلَهُ رَهْنٌ فَأَسْقَطَ حَقَّهُ مِنَ الرَّهْنِ ، فَإِنَّهُ يَبْقَى حَقُّهُ مِنَ الدَّيْنِ .

فَإِذَا قُلْنَا : لَا يَصَحُّ الْقَبْضُ . . قِيلَ لِلْمَكَاتِبِ : إِنْ كَانَ مَعَكَ مِنَ الْمَالِ مِثْلُ الَّذِي

دفعته إلى القابض . . فأدفعه إلى الآخر ، فإذا دفعه وكان تمام مال الكتابة . . عتق عليهما . وإن لم يكن معه مالٌ غير ما قد قبضه السيد الأول . . كان للسيد الآذن أن يرجع على القابض بنصف ما قبضه .

فإن أدّى إليهما تمام مال الكتابة . . عتق عليهما . وإن عجز . . فسخا الكتابة ورقاً لهما .

وإن قلنا : يصح القبض . . عتق نصيب القابض ؛ لأنه أستوفى جميع ما له عليه .

وهل يقوم عليه نصيب شريكه إن كان موسراً ؟

قال الشيخ أبو إسحاق : فيه قولان :

أحدهما : لا يقوم عليه ؛ لتقدم سببه الذي اشتركا فيه .

والثاني : يقوم عليه ؛ لأنه عتق نصيبه بسبب منه .

وقال أكثر أصحابنا : يقوم عليه قولاً واحداً .

فإذا قلنا : يقوم عليه . . فمتى يقوم عليه ؟ فيه قولان :

أحدهما : يقوم عليه في الحال .

والثاني : لا يقوم في الحال ، بل يؤخر إلى أن يعجز فيرق ، أو يؤدّي ما عليه

لآخر ، وقد مضى توجيههما .

فإذا قلنا : يقوم في الحال . . فإن الكتابة تنفسخ في النصف المتقوم ، فيعتق جميعه

على القابض ، ويكون ولاء جميعه للقابض .

فإن كان في يده مالٌ كسبه قبل العتق . . قال ابن الصباغ : كان للذي لم يقبض أن

يأخذ منه بقدر ما قبضه شريكه ؛ لأن كسبه قبل عتقه كان بينهما .

فإن فضل من الكسب شيء بعد ذلك . . كان بين السيد الذي لم يقبض وبين

المكاتب نصفين ؛ لأن الكسب كان في ملكهما ، فما خص ملك القابض . . أنتقل إلى

العبد بعتق نصفه ، وما خص ملك الذي لم يقبض . . كان له أخذه ؛ لأن حصته منه قد

عاد رقيقاً بالتقويم .

وإن قلنا : لا يقوم إلا بعد العجز . . نظرت :

فإن أدّى ما عليه للذي لم يقبض . . عتق عليه نصفه وعلى القابض نصفه ، وكان ولاؤه بينهما ، وما فضل في يد المكاتب من الكسب للمكاتب .

وإن عجز . . قوم نصفه على القابض ، وعتق عليه جميعه ، وكان ولاؤه له ، وكان للذي لم يقبض نصف ما كسبه العبد من حين عتق نصفه الأول إلى حين أن يعتق نصفه الثاني .

فإن مات المكاتب قبل الأداء والتقويم . . مات ونصفه حرّ ونصفه مكاتب ، فيكون لسيده الذي لم يقبض نصف ما خلفه ، وفي النصف الآخر قولان :

قال في القديم : (يكون لورثته) .

وقال في الجديد : (يكون لمالك نصفه) ويأتي بيانهما في الفرائض إن شاء الله .

مسألة : [قبض السيد مال المكاتب قبل الحلول] :

إذا جاء المكاتب بمال الكتابة إلى السيد قبل حلول النجم ، فإن قبله السيد منه . . صحّ القبض ، وبرىء منه المكاتب .

وإن امتنع السيد من قبضه . . نظر فيه :

فإن كان ممّا يخاف عليه التلف أو التغيّر إلى وقت حلول النجم ، كالأشياء الرطبة وما أشبه ذلك . . لم يلزمه قبوله ؛ لأنه ربّما يتلف قبل المحلّ ، ففاته المقصود .

وإن كان ممّا لا يتلف بنفسه ولكن عليه مؤونة في حفظه إلى وقت حلول النجم ، كالطعام الكثير والثياب والأخشاب وما أشبهها . . لم يجبر على قبوله ؛ لأنّ عليه ضرراً في مؤونة حفظه إلى وقت حلول النجم .

وإن كان حيواناً . . لم يجبر على قبوله أيضاً ؛ لأنه يخاف عليه التلف ، ويلزمه مؤونة في حفظه .

وإن كان ممّا لا يخاف عليه التلف بنفسه ، ولا عليه مؤونة في حفظه ، كالدرهم والدنانير والرصاص والصّفر والتحاسر ، فإن كان البلد خائفاً ويخاف عليه الأخذ ،

وكان البلد وقت عقد الكتابة آمناً . لم يلزمه قبوله ؛ لأنه ربما يتلف إلى وقت حلول النجم .

وإن كان البلد عند وقت عقد الكتابة خائفاً . ففيه وجهان :

أحدهما : يلزمه قبوله ؛ لأن حالة العقد وحالة القبض سواء فأشبه إذا كانا آمينين .

والثاني : لا يلزمه قبوله ، وهو الأصح ؛ لأن الاعتبار بحال حلول النجم وربما زال الخوف ذلك الوقت .

وكل موضع قلنا : يلزمه قبوله ، فإن قبله . فلا كلام ، وإن لم يقبله . وإلا دفعه المكاتب إلى الحاكم وبرىء ؛ لما روى سعيد بن أبي سعيد المقبري ، عن أبيه : (أن امرأة أشرتته وكاتبته على أربعين ألفاً ، فأدّيت عامة المال ، ثم أتتها ببقية ، فقالت : لا والله حتى يأتي به سنة بعد سنة وشهراً بعد شهر ، فأتى بالمال إلى عمر رضي الله عنه فأخبره بذلك ، فقال : ضعه في بيت المال ، ثم أرسل إليها عمر : أنه أخذ المال وجعله في بيت المال ، وقال لها : قد عتق أبو سعيد ، فإن اخترت أخذه شهراً بعد شهر أو سنة بعد سنة . فأفعلي . فأرسلت ، فأخذت المال)^(١) .

ولأن الأجل حق لمن عليه الدين ، فإذا عجل الدين . فقد رضي بإسقاط حقه من الأجل ، فأجبر من له الدين على أخذه .

فرع : [كاتبه على مال في بلد] :

قال في « الأم » : (وإن كاتب رجل عبداً له على مال ببلد ، ثم لقيه ببلد آخر ، فأعطاه العبد إياه : فإن كان ممّا لحمله مؤونة ، كالحبوب والحديد والرصاص والثياب . . لم يجبر على قبوله ؛ لأن عليه ضرراً بمؤونة حمله . وإن كان ممّا ليس بحمله مؤونة كالدرهم والدنانير ، فإن كان الطريق مخوفاً . لم يلزمه قبوله ؛ لأنه يخاف عليه التلف . وإن كان الطريق آمناً . لزمه قبوله ؛ لأنه لا غرض له في تأخيرها) .

(١) أخرج خبر عمر البيهقي في « السنن الكبرى » (١٠ / ٣٣٤ - ٣٣٥) ، وعلقه في « معرفة السنن والآثار » (٧ / ٥٥٣ - ٥٥٤) في المكاتب .

فرعُ : [كاتبه على ألف في نجمين فعجل أحدهما] :

وإن كاتبه على ألف في نجمين إلى أجلين ، فجاءه بخمس مئة قبل المجل ، ثم قال له : خذ هذه على أن تُبرئني من الخمس مئة الأخرى ، ففعل ، أو قال له السيد : عجل لي خمس مئة حتى أبرئك من الباقي ، أو صالحني على خمس مئة معجلة . . لم يصح القبض ولا الصلح ولا الإبراء ولا يعتق العبد بذلك . وبه قال أبو يوسف وزفر . وقال أبو حنيفة رحمه الله : (يجوز استحساناً) وبه قال أحمد .

دليلنا : أن هذا يضارع ربا الجاهلية ، فإن الرجل منهم كان إذا حلّ دينه يقول لمن عليه الدين : تقضي أو تزيد ؟ فإن قضاؤه ، وإلا . . زاده في الدين ، وزاده في الأجل . ولهذا مشبه بذلك ؛ لأنه ينقصه من الحق لينقصه من الأجل ، فلم يصح .

وإن لم يشترط عليه الإبراء ولكن عجل له خمس مئة وسأله إبراءه من الباقي فأبرأه . . صح ؛ لأن الإبراء لم يكن عوضاً عن التعجيل .

إذا ثبت هذا : فإن المُرني قال : قال الشافعي رحمه الله : (وضع وتعجيل لا يجوز) وقال في موضع آخر : (وضع وتعجيل يجوز) .

قال أصحابنا : ليست على قولين ، وإنما هي على حالين :

فالموضع الذي قال : (لا يجوز) أراد : إذا كان بشرط البراءة .

والموضع الذي قال : (يجوز) أراد : إذا عجل بغير شرط البراءة .

مسألة : [لا بطلان المكاتب قبل الأجل] :

وليس للسيد مطالبة المكاتب بمال الكتابة قبل حلول النجم ؛ لأن الأجل جعل رفقا بالمكاتب ، فلو جوزنا له المطالبة به قبل حلول النجم . . سقطت فائدة الأجل .

فإذا حلّ أجل نجم . . كان للسيد مطالبة بالنجم الذي حلّ ، فإن دفعه إليه . . فلا كلام . وإن كان عاجزاً عن أداء النجم الذي حلّ عليه . . كان المولى بالخيار بين أن يصبر عليه ويتركه على الكتابة ، وبين أن يفسخ الكتابة ويرده إلى الرق . وبه قال أبو حنيفة .

وقال أبو يوسف : لا يردُّه إلى الرقِّ حتَّى يتوالى عليه نجمان .
 دليلنا : ما روي : (أنَّ ابنَ عمرَ كاتبَ عبدًا له على ثلاثين ألفاً ، فقال له : أنا عاجزٌ . فقال له : أمحُ كتابتك . فقال : أمحُ أنتَ كتابتك)^(١) . ولأنَّه عجزَ عن أداء ما حلَّ عليه ، فكانَ للسَّيِّد أن يُعجِّزه ، كما لو توالى عليه نجمان .
 فإنَّ كانَ معَ المكاتبِ ما يؤدِّيه فامتنعَ مِنْ أدائه . . جازَ للمولى تعجيزُه وردُّه إلى الرقِّ .

وقال أبو حنيفة : (ليسَ له تعجيزُه ، بل يُجبرُه الحاكمُ على الأداء) .
 دليلنا : أنَّه تعدَّرَ الأداء بالامتناعِ مِنَ الأداء ، فجازَ له تعجيزُه وردُّه إلى الرقِّ ، كما لو لم يكن قادراً على الأداء .
 وإنَّ عجزَ عَن أداءِ بعضِ النجمِ ، أو امتنعَ مِنْ دفعِ بعضه . . جازَ للمولى تعجيزُه ؛ لأنَّ العتقَ لا يتبعُضُّ ، فكانَ تعدُّرُ البعضِ كتعدُّرِ الجميعِ .
 وللمولى أن يعجِّزه بنفسه ويردُّه إلى الرقِّ مِنْ غيرِ حاكمٍ إذا كانَ المكاتبُ حاضراً .
 وقال ابنُ أبي ليلى : لا يكونُ عجزُه إلَّا عندَ السلطانِ .
 دليلنا : أنَّه فسَّخَ مجمعٌ عليه ، فلم يفتقرْ إلى الحاكمِ ، كفسخِ البيعِ للعيبِ .

فرعٌ : [إنظار السيد للمكاتب] :

وإذا حلَّ على المكاتبِ نجمٌ فعجزَ عَن أدائه ، فقالَ السَّيِّدُ : قد أنظرتُه . . جازَ ؛ لأنَّ الحقَّ في الفسخِ للسَّيِّد ، فجازَ له تركُه .
 فإنَّ بدا للسَّيِّد أن يُنظرَه وطالبَه به . . جازَ ، وله أن يعجِّزه ؛ لأنَّ الدَّيْنَ الحالَّ لا يتأجَّلُ عندنا بالتأجيلِ .

(١) أخرج خبر ابن عمر عن نافع بنحوه مطولاً عبد الرزاق في « المصنف » (١٥٧٢٣)
 و (١٥٧٢٤) ، ومختصراً البيهقي في « معرفة السنن » (٥٦٠ / ٧ - ٥٦١) و « السنن الكبرى » (٣٤١ / ١٠) في المكاتب ، باب : عجز المكاتب .

فَإِنْ كَانَ مَعَ الْمَكَاتِبِ مَالٌ مِنْ غَيْرِ جَنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ فَاسْتَنْظَرَ لِبَيْعِهِ بِجَنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ . . وَجَبَ عَلَى السَّيِّدِ إِنْظَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى أَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يُلْزَمُهُ أَنْ يُنْظِرَهُ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ؛ لِأَنَّ مَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ كَثِيرٌ .

وَإِنْ طَلَبَ أَنْ يُنْظِرَهُ إِلَى أَنْ يَصَلَ إِلَيْهِ مَالُهُ ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُ مِنْهُ عَلَى مَسَافَةٍ لَا تُقْصَرُ فِيهَا الصَّلَاةُ . . وَجَبَ إِنْظَارُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَرِيبٌ وَلَا ضَرَرَ عَلَى الْمَوْلَى فِيهِ . وَإِنْ كَانَ مِنْهُ عَلَى مَسَافَةٍ تُقْصَرُ فِيهَا الصَّلَاةُ . . لَمْ يَجِبْ إِنْظَارُهُ ؛ لِأَنَّ عَلَى الْمَوْلَى ضَرَرًا فِي ذَلِكَ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ : فَإِنْ طَلَبَ الْإِنْظَارَ إِلَى أَنْ يَقْتَضِيَ دَيْنًا لَهُ عَلَى غَيْرِهِ ، فَإِنْ كَانَ حَالًا عَلَى مَلِيٍّ . . وَجَبَ إِنْظَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ كَالْمَالِ الَّذِي أَوْدَعَهُ . وَإِنْ كَانَ مَوْجَلًا ، أَوْ عَلَى مَعْسِرٍ . . لَمْ يَجِبْ إِنْظَارُهُ ؛ لِأَنَّ عَلَى الْمَوْلَى ضَرَرًا فِي ذَلِكَ .

فَرَعٌ : [حلول أجل المال والمكاتب غائب] :

وَإِنْ حُلَّ عَلَيْهِ نَجْمُ الْكِتَابَةِ وَهُوَ غَائِبٌ . . قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : فَإِنْ كَانَ يَسَافِرُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . . كَانَ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْكِتَابَةَ . وَإِنْ سَافَرَ بِإِذْنِهِ . . لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ ، وَلَكِنْ يَرْفَعُ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ ، وَيُثَبِّتُ عِنْدَهُ حُلُولَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَيَحْلِفُ أَنَّهُ مَا قَبِضَ ؛ لِيَكْتَبَ إِلَى الْحَاكِمِ الَّذِي فِي بَلَدِهِ الْمَكَاتِبُ فَيُعْلِمَهُ بِمَا ثَبَتَ عِنْدَهُ ، فَإِذَا وَصَلَ الْكِتَابُ إِلَى الْحَاكِمِ الَّذِي فِي بَلَدِهِ الْمَكَاتِبُ . . اسْتَدْعَى الْمَكَاتِبَ وَأَخْبَرَهُ بِمَا كُتِبَ إِلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ الْمَكَاتِبُ عَاجِزًا . . كَتَبَ الْحَاكِمُ الْمَكْتُوبَ إِلَيْهِ إِلَى الْحَاكِمِ الْكَاتِبِ إِلَيْهِ بِعَجْزِ الْمَكَاتِبِ لِيُخْبَرَ السَّيِّدَ بِذَلِكَ ، فَيَكُونُ السَّيِّدُ بِالْخِيَارِ : بَيْنَ أَنْ يَصْبِرَ وَبَيْنَ أَنْ يَفْسَخَ الْكِتَابَةَ .

وَإِنْ كَانَ الْمَكَاتِبُ قَادِرًا عَلَى الْأَدَاءِ . . قَالَ لَهُ الْحَاكِمُ : إِذَا أَنْ تَخْرُجَ إِلَى الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ السَّيِّدُ فَتَوَدَّعِي إِلَيْهِ مَالَ الْكِتَابَةِ ، أَوْ تَوَكَّلْ مَنْ يَحْمِلُ إِلَيْهِ الْمَالَ . فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ فِي أَوَّلِ حَالِ الْإِمْكَانِ عِنْدَ خُرُوجِ الْقَافِلَةِ - إِنْ كَانَ لَا يَخْرُجُ إِلَّا مَعَهَا - فَلَا كَلَامَ . وَإِنْ أَخَّرَ ذَلِكَ عَنْ حَالَةِ الْإِمْكَانِ وَمَضَى زَمَانُ الْمَسِيرِ . . ثَبَتَ لِلْسَّيِّدِ الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ .

وَإِنْ وَكَّلَ السَّيِّدُ فِي بَلَدِ الْمَكَاتِبِ مَنْ يَقْبِضُ مِنْهُ الْمَالَ . . لَزِمَ الْمَكَاتِبَ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، فَإِنْ أَمْتَنَعَ الْمَكَاتِبُ مِنَ الدَّفْعِ إِلَيْهِ . . ثَبَتَ لِلْسَّيِّدِ الْخِيَارُ فِي فُسْخِ الْكِتَابَةِ . وَإِنْ أَمَرَ

الوكيل بالفسخ عند تعذر القبض . . جاز للوكيل الفسخ .

إذا ثبت هذا : فنقل المُرئي : (أَنَّ السَّيِّدَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ حَتَّى تَمُضِيَ مَدَّةُ السَّيْرِ ، وسواء كان وَكَّلاً أو لَمْ يُوَكَّلْ) .

ونقل الربيع : (أَنَّهُ إِذَا كَانَ لِلْسَّيِّدِ وَكِيلٌ . . لَمْ تَعْتَبَرْ مَدَّةُ الْمَسِيرِ) .

قال أصحابنا : المذهب ما نقله الربيع ، وما نقله المُرئي في هذا خطأ . هكذا ذكر أكثر أصحابنا .

وحكى الشيخ أبو إسحاق وجهاً آخر : أَنَّ نَجْمَ الْكِتَابَةِ إِذَا حُلَّ وَالْمَكَاتِبُ غَائِبٌ . . كَانَ لِلْسَّيِّدِ أَنْ يَفْسَخَ الْكِتَابَةَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكْتُبَ إِلَى الْحَاكِمِ الَّذِي فِي بَلَدِهِ الْمَكَاتِبُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ الْمَالُ ، فَجَازَ لَهُ الْفَسْخُ .

فرع : [أسر المكاتب] :

وإن كاتب عبده ثم أسر المشركون العبد وحبسوه مدّة وتخلّص من أيديهم وحلّ عليه نجم الكتابة ، فإن قلنا : لا يجب على السيّد تخليّته في مثل تلك المدّة التي حبسه فيها المشركون . . فله مطالبتُهُ بما حلّ عليه ، فإن كان عاجزاً عَنْ أدائه . . كَانَ لَهُ تَعْجِيزُهُ .

وإن قلنا : يجب عليه تخليّته مثل تلك المدّة . . فليس له مطالبتُهُ حَتَّى تَمُضِيَ عَلَيْهِ مِثْلُ تِلْكَ الْمَدَّةِ الَّتِي حُبِسَ فِيهَا بَعْدَ حُلُولِ النِّجْمِ ، ثُمَّ لَهُ مَطَالِبَتُهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِمَا حُلَّ عَلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ عَاجِزاً . . كَانَ لَهُ تَعْجِيزُهُ .

وإن كَانَ الْعَبْدُ حُلّاً عَلَيْهِ النِّجْمُ وَهُوَ فِي أَيْدِي الْمَشْرُكِينَ ، فَإِنْ قُلْنَا : يَلْزُمُهُ تَخْلِيَّتُهُ بَعْدَ أَنْ يَتَخَلَّصَ مِنْهُمْ مِثْلَ الْمَدَّةِ الَّتِي حُبِسَ فِيهَا . . فَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ هَاهُنَا تَعْجِيزُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزُمُهُ تَخْلِيَّتُهُ مِثْلَ الْمَدَّةِ بَعْدَ أَنْ يَتَخَلَّصَ مِنْهُمْ .

وإن قلنا : لا يَلْزُمُهُ تَخْلِيَّتُهُ بَعْدَ التَّخَلُّصِ . . فَلَهُ أَنْ يَعْجِزَهُ وَيَفْسَخَ الْكِتَابَةَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَذَّرَ الْأَدَاءُ مِنْ جِهَتِهِ ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ بِنَفْسِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أحدهما : لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْكِتَابَةَ بِنَفْسِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَتَعَذَّرَ الْأَدَاءُ مِنْ جِهَتِهِ .

والثاني : لا يجوزُ له ذلك بنفسه حتى يرفع الأمر إلى الحاكم ؛ لينظر الحاكم هل له مالٌ أم لا ؛ لأنَّ العبدَ إذا كان في دار الإسلام وعجز . فقد عُرف العجزُ من جهته ، فكان للسيد أن يفسخ .

وإذا كان في دار الشرك . لم يعلم العجزُ من جهته ، وإنما يُعلم من طريق الظاهر وقد يجوزُ أن يكون له مالٌ في الباطن ، فلم يجوز له الفسخ قبل البحث عنه .

فإن قلنا : يجوزُ له الفسخ بنفسه ، ففسخ ، أو قلنا : لا يجوزُ له إلا عند الحاكم ، فبحث الحاكم عن ماله فلم يجد له مالاً ، فأذن له ففسخ ، ثم تخلص العبدُ وأظهر له مالاً . . حكم بطلان الفسخ ؛ لأننا إنمّا جوزنا له الفسخ ظناً منا أنه لا مال له ، فإذا بان أن له مالاً . . لم يصح الفسخ .

فرعٌ : [جنون المكاتب] :

وإن كاتبَ عبداً ثم جُنَّ العبدُ . . لم تنفسخ الكتابةُ بجنونه ؛ لأنها لازمةٌ من أحدِ الطرفين ، فلم تنفسخ بالجنون كالرهن ، وإنما ينفسخ بالجنون ما كان جائزاً من أحدِ الطرفين ، كالوكالة والشركة وما أشبههما ، ولأنه عتقٌ معلقٌ بصفةٍ ، فلم يبطل بالجنون ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حرٌّ .

إذا ثبتَ هذا : فإن حلَّ عليه النجم قبل الإفاقة . . كان للسيد أن يثبت عند الحاكم الكتابةَ بالبيّنة ، ويحلف مع بيّنته أنه لم يقبض مالَ الكتابة ، فإذا أقام البيّنة وحلف معها ، بحث الحاكم عن مالِ المكاتب ، فإن وجد له مالاً . . سلمه إلى المولى وعتق عليه .

وإن سلمَ المجنونُ المالَ إلى السيد . . عتق ؛ لأنه قبض ما يستحقُّه ، فبرئت به ذمته .

وإن لم يجدِ الحاكمُ للمكاتب مالاً . . مكّن المولى من فسخ الكتابة ، فإذا فسخ الكتابة . . عاد رقيقاً له ولزمه الإنفاقُ عليه ؛ لأنه عاد قنّاً له .

فإن بان للمكاتب بعد ذلك مالٌ يفي بمالِ الكتابة . . بطل فسخ السيد ؛ لأنه بان أن

الباطن بخلاف ما حكم به ، فهو كما لو حكم الحاكم بالاجتهاد ثم بان أن النص بخلافه . ويجب عليه أن يرد على السيد ما أنفق عليه بعد الفسخ ؛ لأنه بان أنه لم يكن مستحقاً للنفقة عليه .

وإن أفاق المكاتب ثم أقام البيّنة أنه كان قد أدّى إلى السيد مال الكتابة . . بطل الفسخ ، ولا يُرد على السيد ما أنفق عليه بعد الفسخ ؛ لأنه أنفق عليه مع علمه بحرّيته ، فالظاهر أنه متطوّع به .

فرع : [كاتبه على دنانير فلا يكفي دراهم] :

قال في « الأم » : (وإن كاتبه على دنانير فأعطاه دراهم ، أو كاتبه على دراهم فأعطاه دنانير . . لم يجبر على أخذها .

وإن كاتبه على دراهم فأعطاه دراهم خيراً منها . . لزمه قبولها إلا أن يكون الذي كاتبه عليه يُنفق في بلده ولا يُنفق فيه الذي أعطاه إيّاها ، فلا يلزمه قبولها وإن كانت خيراً ممّا سمى) .

فرع : [قبول قول السيد في رفضه مال النجم بالبيّنة] :

وإن حمل المكاتب إلى السيد شيئاً من مال الكتابة فقال السيد : لا آخذه لأنه حرام ، أو غصبته ، أو سرّقه من فلان وأنكر المكاتب ذلك ، فإن أقام السيد بيّنة بما قال . . سُمعت البيّنة ، ولم يلزمه الأخذ ؛ لأنّ للسيد حقاً في ذلك في أن لا يقبض^(١) دينه من الحرام ، فلذلك سُمعت البيّنة منه .

قال المحاملي : فإن أقام شاهداً واحداً بأنّ المال حرام^(٢) . . لم تقبل شهادته ؛ لأنّ التهمة تلحق السيد في أنه أراد^(٣) تعجيزه وردّه إلى ملكه .

(١) في (م) : (يقتضي) .

(٢) في حاشية نسخة : (ليحلف معه) .

(٣) في (م) : (قصد) .

وإن لم يكن مع السيد بيته . . فالقول قول المكاتب مع يمينه ؛ لأن الظاهر ممّا في يده أنّه ملكه ، ولأن السيد متهم في ذلك ، فإن لم يحلف المكاتب . . حلف المولى ، ولم يلزمه قبضه .

وإن حلف المكاتب . . حكم بأن المال ملك للمكاتب ، فيقال للسيد : إما أن تقبضه أو تبرئه من قدره من مال الكتابة . فإن قبضه المولى . . برىء المكاتب من قدره ، فإن كان تمام الكتابة . . عتق .

فإن كان المولى قد أقرّ أنّه غصب أو سرق من رجل معين . . لزمه رده إليه ؛ لأنه قد تقدّم منه الإقرار له بذلك ، فقبل : كما لو أقرّ رجل بحرية عبد غيره ثم اشتراه .

وإذا كان المولى لم يقرّ به لرجل معين ، بل قال : هو حرام أو مغصوب . . فأختلف أصحابنا فيه :

فقال ابن الصبّاح : لا يمنع منه ، بل يمسكه لنفسه ؛ لأنه لم يقرّ به لأحد .

وقال المحاملي : لا يمسكه لنفسه ، وإنما يقال له : أمسكه حتى تعلم مالكة فتدفعه إليه .

وإن اختار المولى أن يبرئه من قدره من مال الكتابة فأبرأه . . صح وأقرّ ذلك في يد المكاتب .

وإن امتنع المولى من قبضه أو الإبراء عن قدره . . رفع المكاتب ذلك الأمر إلى الحاكم ، فيحلفه الحاكم أنّه ملكه إن لم يكن قد حلفه المولى^(١) ، ويقبضه الحاكم للمولى ويعتق المكاتب ، كما قلنا في المكاتب إذا عجل مال الكتابة .

فإن كان المولى قد أقرّ به لرجل معين . . فالذي يقتضي المذهب : أن الحاكم يسلمه إلى المقرّ له به وإن أدعاه ؛ لأن قبضه له كقبض المولى في براءة المكاتب منه ، فكان قبضه في ذلك أيضاً .

(١) في هامش نسخة : (القياس في هذا : أن اليمين تكون على النفي لأنه صاحب اليد) .

مسألة : [ظهور عيب بالمال بعد الحكم بالعتق] :

وإن دفع المكاتب إلى المولى المال وحكم بعتقه ، ثم بان أن المال معيب .. نظرت :

فإن بان أن المال الذي دفعه من غير جنس مال الكتابة ، بأن كاتبه على دراهم فدفع إليه دراهم وبان أنها رصاص أو نحاس .. حكمنا ببطال القبض وأن العبد باقٍ على الكتابة . وإن بان أنها مضطربة السكة ، أو كان مال الكتابة عرضاً فبان أنه معيب .. ثبت للمولى الخيار : بين الإمساك والرد ، فإن اختار إمساكه .. استقر العتق ، ومتى وقع العتق ؟ فيه وجهان حكاهما الطبري في « العدة » :

أحدهما : حين القبض .

والثاني : حين الرضا بالعيب .

فإن قيل : إذا أعطاه معيباً .. فلم يُعطه جميع ما وقع عليه العقد ، فكان ينبغي أن لا يعتق ، كما لو كاتبه على عشرة فأعطاه تسعة ؟

قلنا : إذا أمسك المعيب .. فقد رضي بإسقاط حقه منه ، فجرى مجرى ما لو أبرأه مما بقي من مال الكتابة .

وإن اختار رده ، فردّه .. كان له ذلك ، وبطل^(١) ما كنا حكمنا به من العتق .

وقال أحمد : (لا يبطل العتق) .

دليلنا : أن الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ ، فوجب أن يفسخ بوجود العيب ، كالبيع . وفيه احتراز من الخلع ؛ لأنه لا يلحقه الفسخ .

وإن وجد العيب وقد تلف العوض عنده ، أو حدث عنده عيب آخر .. ثبت له الأرش ؛ لأنه قد تعدّر ردّ العوض الذي قبضه . فإن دفع المكاتب الأرش .. استقر العتق . وإن لم يدفعه^(٢) .. ارتفع العتق ، وثبت للمولى الخيار في فسخ الكتابة .

(١) في (م) : (سقط) .

(٢) في حاشية نسخة : (ولهذا إنما يأتي على الوجه الثاني من المسألة الأولى : وهو أنه لا يعتق إلا =

وإذا أراد الرجوع بالأرض وكان العوض ثوباً فوجد به عيباً ينقص عُشر قيمته وقد تلف الثوب عنده . . قال الطبري : اختلف أصحابنا في كيفية الرجوع بالأرض :

فقال أبو حامد : يرجع بعشر قيمة الثوب .

وقال القفال : هذا غلط ، بل يرجع بما يقابله من عوضه ، وعوضه رقبته وهي فائتة بالعتق ، فيرجع بعشر قيمة الرقبة ، كما لو أطلع على عيب في المسلم فيه بعد فواته وكان ينقص عُشر قيمته . . فإنه يرجع بعشر رأس مال السلم^(١) .

فرع : [المكاتبة على خدمة مدة ومال] :

وإن كاتب عبده على خدمة شهر ودينار ، فمرض العبد في الشهر أو في بعضه . . فنص الشافعي في « الأم » : (أن الكتابة تبطل) . وأختلف أصحابنا فيه :

فمنهم من قال : هي على طريقين ، كما لو اشترى عبد . . فتلف أحدهما قبل القبض .

أحد الطريقين : أنها على قولين :

أحدهما : تبطل .

والثاني : لا تبطل .

والطريق الثاني : لا تبطل قولاً واحداً .

وقال القاضي أبو الطيب : تبطل الكتابة هاهنا قولاً واحداً على ما نص عليه ؛ لأن عقد الكتابة لا يقع على بعض العبد ، فإذا أنسخ العقد في بعضه . . أنسخ في جميعه .

فرع : [كاتبه على عوض موصوف] :

وإن كاتب عبده على عوض موصوف ، فدفع المكاتب للسيد العوض بصفته وحكم بعته ، ثم خرج العوض الذي دفعه إليه مستحقاً . . حكمنا ببطالان العتق وعاد مكاتباً ؛ لأن العتق وقع بالأداء ، وقد بان أنه لم يؤد .

= من حين الرضا . وأما على الوجه الذي يقول : إنه يعتق من حين العتق فإن العتق لا يرتفع .

(١) في هامش نسخة : (ويجب أن يثبت للسيد الخيار) .

فَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ قَالَ لَهُ بَعْدَ الْأَدَاءِ : أَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ هَذَا حُرٌّ . . . لَمْ يُلْزَمِ الْمَوْلَى حُرِّيَّتُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمَوْلَى لَمْ يُرِدْ اسْتِنْفَافَ الْحُرِّيَّةِ ، وَإِنَّمَا أَرَادَ الْإِخْبَارَ عَنِ الْحُرِّيَّةِ بِذَلِكَ ، وَهِيَ الَّتِي وَقَعَتْ بِالْأَدَاءِ .

فَإِنْ أَدَّعَى الْمَكَاتِبُ أَنَّهُ أَرَادَ إِيقَاعَ الْحُرِّيَّةِ بِذَلِكَ وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ . . . فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِمَا أَرَادَ .

فَإِنْ قَالَ لَهُ السَّيِّدُ قَبْلَ الْأَدَاءِ أَوْ بَعْدَ أَنْ عَلِمَ اسْتِحْقَاقَ الْعَوَضِ : أَنْتَ حُرٌّ . . . حُكْمٌ عَلَيْهِ بِالْحُرِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ أَرَادَ إِيقَاعَ الْحُرِّيَّةِ بِهَذَا الْقَوْلِ .

فَإِنْ اسْتَحَقَّ الْعَوَضَ بَعْدَ مَوْتِ الْمَكَاتِبِ . . . بَانَ أَنَّ الْمَكَاتِبَ مَاتَ رَقِيقًا ، فَيَكُونُ مَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ .

فِرْعُ : [بيع النجوم مفسوخ] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَبِيعُ نَجُومِهِ مَفْسُوخٌ . فَإِنْ أَذَى إِلَى الْمُشْتَرِي كِتَابَتَهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . . . عَتَقَ ، كَمَا يُؤَدِّي إِلَى وَكِيلِهِ فَيَعْتَقُ) .

وَجَمْلَةُ ذَلِكَ : أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا بَاعَ مَالَ الْكِتَابَةِ فِي ذِمَّةِ الْمَكَاتِبِ . . . فَهَلْ يَصْغُحُ بَيْعُهُ ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ مَضَى ذَكَرُهُمَا فِي الْبَيَّوعِ .

فَإِذَا قُلْنَا : لَا يَصْغُحُ الْبَيْعُ . . . فَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَطَالِبَهُ بِالْأَدَاءِ ، وَلَا لِلْمَكَاتِبِ أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ الْمَالَ .

فَإِنْ خَالَفَ وَدَفَعَ الْمَالَ لِلْمُشْتَرِي . . . فَهَلْ يَعْتَقُ ؟

نَصُّ الشَّافِعِيِّ فِي مَوْضِعٍ : (أَنَّهُ يَعْتَقُ) ، وَنَصٌّ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ : (أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ) وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهَا :

فَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : لَيْسَتْ عَلَى قَوْلَيْنِ ، وَإِنَّمَا هِيَ عَلَى اخْتِلَافِ حَالَيْنِ :

فَحَيْثُ قَالَ : (يَعْتَقُ) أَرَادَ : إِذَا كَانَ السَّيِّدُ قَدْ أَذِنَ لِلْمُشْتَرِي بِقَبْضِ الْمَالِ بِصَرِيحِ الْإِذْنِ . . . أَلَا تَرَى أَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ هَاهُنَا : (فَإِنْ أَذَى إِلَى الْمُشْتَرِي كِتَابَتَهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . . . عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ وَكِيلًا لَهُ فِي الْقَبْضِ) ؟

وحيثُ قالَ : (لا يعتقُ) أرادَ : إذا لم يصرَّحْ له بالإذنِ ، وإنَّما قبضَهُ بمقتضى العقدِ ، والعقدُ فاسدٌ . ففسدَ مقتضاهُ .

قالَ المحامليُّ : وهذه طريقةٌ صالحةٌ .

وقالَ أبو العباسِ وغيرُهُ : هي على قولين ، وهو اختيارُ ابنِ الصَّبَّاحِ :

أحدهما : يعتقُ ؛ لأنَّ بيعَها منه يتضمَّنُ الإذنَ له في القبضِ ، فأشبهَ وكيلَهُ .

والثاني : لا يعتقُ ، وهو الأصحُّ ؛ لأنَّ المشتريَ قبضَ المالَ لنفسِهِ لا لِسَيِّدِ ، وإنَّما قبضَهُ بمقتضى البيعِ ، والبيعُ^(١) فاسدٌ ، فكانَ القبضُ فاسداً .

فإن قلنا : إنَّه يعتقُ . . فقد برىء المكاتبُ مِنَ المالِ وليسَ لِسَيِّدِ مطالَبُهُ بالمالِ ، وإنَّما يطالبُ السَيِّدُ المشتريَ ؛ لأنَّه كالوكيلِ له ، وللمشتري أن يطالبَهُ بالثمنِ إن كان قد دفعَهُ إليه .

فإن قلنا : إنَّ المكاتبَ لا يعتقُ وهو باقٍ على الكتابةِ . . فللمولى أن يرجعَ على المكاتبِ بمالِ الكتابةِ ، وللمكاتبِ أن يرجعَ على المشتري بما قبضَ منه ، وللمشتري أن يرجعَ على المولى بما دفعَ إليه مِنَ الثمنِ .

مسألة : [جناية المكاتب على طرف سيده] :

وإن جنى المكاتبُ على طرفِ سيِّده ، فإن كانَتْ عمدًا . . فله أن يقتصَّ منه ، كما يقتصُّ من عبده القنَّ . فإذا أقتصَّ منه . . بقيَ مكاتباً كما كانَ ، وإن عفا عنه على مالٍ أو كانتِ الجنايةُ خطأً . . وجبَ له عليه الأرشُ في ذمَّتِهِ ؛ لأنَّ السَيِّدَ يثبتُ له المالُ في ذمَّةِ مكاتبِهِ بالبيعِ ، فكذلك في الجنايةِ .

وإن جنى على نفسه ، فإن كانتْ عمدًا . . جازَ للوارثِ أن يقتصَّ منه . وإن كانتْ خطأً أو عمدًا وعفا عنه على مالٍ . . ثبتَ له المالُ عليه ، فإن كانَ في يدِ المكاتبِ مالٌ

(١) في (م) : (العقد) .

يفي بمال الكتابة وبالأرض . . . كَانَ لَهُ أَنْ يَفْدِيَ نَفْسَهُ بِدَفْعِ الْأَرْضِ مِمَّا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ لَهُ صَرْفَ مَالِهِ فِي مَصْلَحَتِهِ ، وَهَذَا مِنْ أَعْظَمِ الْمَصَالِحِ .

وَبَكَمْ يَفْدِي نَفْسَهُ فِي الْجَنَايَةِ عَلَى سَيِّدِهِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرْضِ الْجَنَايَةِ .

وَالثَّانِي : بِأَرْضِ الْجَنَايَةِ بِالْغَا مَا بَلَغَتْ ، كَالْقَوْلَيْنِ فِي الْعَبْدِ الْقِنْ إِذَا جُنِيَ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ وَأَخْتَارَ السَّيِّدُ أَنْ يَفْدِيَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ تَعْجِيزُهُ وَبَيْعُهُ فِي الْجَنَايَةِ ، كَمَا يُمْكِنُ بَيْعُ الْعَبْدِ الْقِنْ .

فَإِذَا قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ أَنْ يَفْدِيَ نَفْسَهُ إِلَّا بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ . . . دَفَعَ أَقْلَ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْأَرْضِ أَوْ قِيَمَتِهِ ، وَكَانَ بَاقِيًا عَلَى كِتَابَتِهِ .

فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ أَنْ يَفْدِيَ نَفْسَهُ بِأَرْضِ الْجَنَايَةِ بِالْغَا مَا بَلَغَ ، فَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ أَقْلًا مِنْ قِيَمَتِهِ . . . دَفَعَهُ وَلَا كَلَامَ . وَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ . . . قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : فَدَى نَفْسَهُ بِأَرْضِ الْجَنَايَةِ بِالْغَا مَا بَلَغَ .

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : إِذَا قُلْنَا بِهَذَا : فَهَلْ لَهُ أَنْ يَدْفَعَ مَا زَادَ عَلَى قِيَمَتِهِ إِلَى سَيِّدِهِ ؟ يُبْنَى عَلَى هَيْبَتِهِ لِسَيِّدِهِ :

فَإِنْ قُلْنَا : تَصَحُّ . . . كَانَ لَهُ ذَلِكَ .

وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَصَحُّ . . . لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ .

قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : وَقَوْلُ الْقَاضِي يَقْتَضِي أَنَّ لِّلْسَيِّدِ أَنْ يَمْتَنَعَ مِنْ قَبُولِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ قَبُولُ الْهَبَةِ مِنْهُ . قَالَ : وَعِنْدِي أَنَّهُ يُلْزَمُهُ قَبُولُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَفْدِيَ نَفْسَهُ إِلَّا بِذَلِكَ . فَإِذَا أَمْكَنَهُ أَنْ يُوَدِّيَ ذَلِكَ وَيُوَدِّيَ مَا عَلَيْهِ مِنَ مَالِ الْكِتَابَةِ . . . لَمْ يَكُنْ لِّلْسَيِّدِ أَنْ يَمْتَنَعَ ؛ لِأَنَّهُ يَخْلُصُ نَفْسَهُ وَإِنْ كَانَ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ . فَإِنْ كَانَ مَا فِي يَدِهِ لَا يَفِي بِمَالِ الْكِتَابَةِ وَأَرْضِ الْجَنَايَةِ . . . فَلِّلْسَيِّدِ تَعْجِيزُهُ وَرَدُّهُ إِلَى الرَّقِّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهُ تَعْجِيزُهُ عِنْدَ عَجْزِهِ عَنْ أَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَلَأَنْ يَكُونَ لَهُ تَعْجِيزُهُ عِنْدَ عَجْزِهِ عَنْ مَالِ الْكِتَابَةِ وَأَرْضِ الْجَنَايَةِ أَوْلَى . فَإِذَا عَجَزَهُ . . . عَادَ رَقِيقًا وَسَقَطَ عَنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ وَأَرْضُ الْجَنَايَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَثْبُتُ لَهُ عَلَى عَبْدِهِ مَالٌ .

فَإِنْ أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ قَبْلَ التَّعْجِيزِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ الْمَكَاتِبِ مَالٌ . . سَقَطَ أَرَشُ الْجَنَائَةِ ؛ لِأَنَّ أَرَشَ الْجَنَائَةِ تَلَفَ بِأَخْتِيَارِ سَيِّدِهِ .

وإِنْ كَانَ مَعَهُ مَالٌ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَسْقُطُ الْأَرَشُ ؛ لِأَنَّ الْأَرَشَ مَتَعْلُقٌ^(١) بِالرَّقَبَةِ وَقَدْ أَتْلَفَهَا ، فَسَقَطَ الْأَرَشُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ مَالٌ^(٢) .

وَالثَّانِي : يَسْتَوْفِيهِ مِمَّا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ كَانَ مَتَعْلُقًا بِرَقَبَتِهِ وَبِمَا فِي يَدِهِ ، فَإِذَا تَلَفَتِ الرَّقَبَةُ . . بَقِيَ مَتَعْلُقًا بِالْمَالِ الَّذِي فِي يَدِهِ فَاسْتَوْفَى مِنْهُ .

وَيُخَالَفُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ مُحَلَّهُ فَاتٌ .

فَإِنْ قَطَعَ يَدَ سَيِّدِهِ خَطَأً أَوْ عَمْدًا وَعَفَا عَنْهُ عَلَى مَالٍ . . وَجَبَ لَهُ الْأَرَشُ عَلَيْهِ ، وَفِي قَدْرِ مَا يَفْدِي بِهِ نَفْسَهُ الْقَوْلَانِ .

وَهَلْ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ مِنْهُ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ، كَالْحَرِّ إِذَا قَطَعَ يَدَ الْحَرِّ ، وَيَأْتِي بَيَانُهُمَا فِي (الْجَنَائَاتِ) .

فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ ذَلِكَ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ . . اسْتَوْفَاهُ . فَإِنْ بَقِيَ مَعَهُ مَا يُوَدِّي فِي الْكِتَابَةِ . . اسْتَوْفَى مِنْهُ مَالَ الْكِتَابَةِ . وَإِنْ لَمْ يَبْقَ مَعَهُ مَا يُوَدِّي فِي الْكِتَابَةِ . . كَانَ لِلْسَّيِّدِ تَعْجِيزُهُ .

وإِنْ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ، فَإِنْ أُنْدِمَلَ قَبْلَ أَنْ يُوَدِّيَ مَالَ الْكِتَابَةِ . . فَالْحَكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ قُلْنَا : لَهُ اسْتِيفَاؤُهُ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ .

وإِنْ أَدَّى مَالَ الْكِتَابَةِ ، وَعَتَقَ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ . . قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : (لَزِمَهُ أَرَشُ الطَّرَفِ ، وَهُوَ نَصْفُ الدِّيَةِ) .

قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : وَيَجِيءُ فِيهِ قَوْلُ آخَرُ : أَنَّهُ يَلْزِمُهُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرَشِ

(١) فِي هَامِشِ نَسَخَةِ : (لَعَلَّ هَذَا التَّعْلِيقَ كَتَبْتُ لِقِ حَقِّ الْمَسَاكِينِ عَلَى قَوْلِنَا : إِنْ الزَّكَاةُ تَتَعَلَّقُ بِالذِّمَّةِ دُونَ الْمَالِ ، فَإِنَّ الْمَالَكِ إِذَا لَمْ يُوَدَّ مِنْ مَوْضِعٍ آخَرَ فَإِنَّ الْأَدَاءَ يَتَعَلَّقُ بِالشَّارِعِيِّ إِذَا بَاعَ النَّصَابُ ، وَتَوَخَّذَ الزَّكَاةُ مِنَ النَّصَابِ ، وَكَذَلِكَ صِفَةُ التَّعْلُقِ بِالرَّقَبَةِ وَبِالْمَالِ عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي) .

(٢) نِي (م) : (شَيْءٌ) .

الجنائية بالغاً ما بلغ ؛ لأنَّ ذلك قد لزمه قَبْلُ العتق ، فلا يسقط العتق بما تقدّم وجوبه .

وقال المسعودي [في « الإبانة »] : له أن يطالبه بجميع الأرض بالغاً ما بلغ قولاً واحداً ؛ لأنه وجب له في ذمته دون رقبته ، فأشبه مال الكتابة .

وإن أعتقه سيّده قَبْلَ الإندمالِ أو قَبْلَ الأداء ، فإن لم يكن معه مالٌ . . سقط عنه الأرض . وإن كان معه مالٌ . . ففيه وجهان مضى ذكرهما .

مسألة : [جنائية المكاتب على أجنبي] :

وإن جنى المكاتب على أجنبي ، فإن كانت جنائية توجب القصاص . . فله أن يقتصر منه . وإن كانت توجب المال أو كانت عمداً فعفا عنه على مالٍ . . ثبت له المال في رقبته ، فإن كان في يده مالٌ . . فله أن يفدي نفسه ؛ لأنَّ ذلك من مصلحته . وبكم يفدي نفسه ؟ اختلف أصحابنا فيه :

فمنهم من قال : ليس له أن يفدي نفسه من الأجنبي إلا بأقلّ الأمرين من قيمته أو أرض الجنائية قولاً واحداً ؛ لأنه إن كان الأرض أقلّ . . لم يستحقّ المجني عليه أكثر منه . وإن كان الأرض أكثر من قيمته . . فما زاد عليها يجري مجرى الهبة ، والمكاتب لا يملك الهبة من الأجنبي بغير إذن سيّده .

ويخالف سيّده حيث قلنا : يفدي نفسه منه بأرض الجنائية بالغاً ما بلغ في أحد القولين ؛ لأنه يملك الهبة منه .

وقال ابن الصبّاغ : فيما يفدي به نفسه من الأجنبي قولان :

أحدهما : بأقلّ الأمرين .

والثاني : بأرض الجنائية بالغاً ما بلغ .

فإذا قلنا : يفدي نفسه بأقلّ الأمرين . . كان له ذلك بغير إذن السيّد .

وإن قلنا : يفدي به بأرض الجنائية بالغاً ما بلغ ، فإن كان الأرض أقلّ من قيمته . . كان له ذلك بغير إذن سيّده ، وإن كان الأرض أكثر من قيمته . . لم يكن له ذلك بغير إذن

السَّيِّدُ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ نَفْسَهُ بِأَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهَا ، فَإِذَا أَدِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ . . . فَهُوَ كَمَا لَوْ وَهَبَ لِأَجْنَبِيٍّ مَالًا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ عَلَى مَا مَضَى .

فَإِنْ فَدَى نَفْسَهُ . . . بَقِيَ عَلَى الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مَالٌ يَفْدِي بِهِ نَفْسَهُ ، أَوْ كَانَ مَعَهُ مَالٌ وَأَمْتَنَعَ مِنْ فَدْيَةِ نَفْسِهِ . . . كَانَ لِلْأَجْنَبِيِّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَنْ يَرْفَعَهُ إِلَى الْحَاكِمِ لِيُعْجِزَهُ وَيَرُدَّهُ إِلَى الرِّقِّ ، وَيَبَاعَ فِي أَرْضِ جَنَانِيَّتِهِ .

وَإِنْ اخْتَارَ السَّيِّدُ أَنْ يَفْدِيَهُ مِنْ مَالِهِ لِيَبْقَى عَلَى الْكِتَابَةِ . . . جَارَ ، وَفِيمَا يُلْزِمُهُ أَنْ يَفْدِيَهُ بِهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : بِأَقْلُ الْأَمْرَيْنِ .

وَالثَّانِي : بِأَرْضِ الْجَنَانِيَةِ بِالْغَا مَا بَلَغَ .

قَالَ الطَّبْرِيُّ : فَإِنْ قَالَ السَّيِّدُ : ضَمَنْتُ فِدَاءَهُ . . . ففِيمَا يُلْزِمُهُ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ .

وَالثَّانِي : يُلْزِمُهُ أَرْضُ الْجَنَانِيَةِ بِالْغَا مَا بَلَغَ .

وَإِنْ قَالَ : ضَمَنْتُ أَرْضَ الْجَنَانِيَةِ . . . لَزِمَهُ أَرْضُ الْجَنَانِيَةِ بِالْغَا مَا بَلَغَ قَوْلًا وَاحِدًا .

وَإِنْ اخْتَارَ السَّيِّدُ الْفِدَاءَ ، ثُمَّ رَجَعَ . . . نُظِرَ فِيهِ :

فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ بَاقِيًا . . . فَلَهُ الرَّجُوعُ ، وَيَبَاعُ فِي الْجَنَانِيَةِ . وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ اخْتِيَارِ الْفِدَاءِ . . . لَمْ يَصَحَّ رَجُوعُ السَّيِّدِ . وَإِنْ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ قَبْلَ الْأَدَاءِ . . . لَزِمَهُ أَنْ يَفْدِيَ الْعَبْدَ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ رَقَّهُ بِالْإِعْتَاقِ ، فَلَزِمَهُ ضِمَانُهُ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ . وَلَكِنْ لَا يُلْزِمُهُ إِلَّا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرْضِ الْجَنَانِيَةِ أَوْ قِيَمَتِهِ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ بَيْعُهُ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يُلْزِمُهُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ .

وَالثَّانِي : يُلْزِمُهُ الْأَرْضُ بِالْغَا مَا بَلَغَ . وَلَيْسَ بِشَيْءٍ .

وَإِنْ أَدَّى إِلَى السَّيِّدِ مَالَ الْكِتَابَةِ قَبْلَ الْأَرْضِ . . . عَتَقَ الْعَبْدُ بِالْأَدَاءِ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ مُجْبُورٌ عَلَى الْقَبْضِ ، وَعَلَى الْمَكَاتِبِ بَعْدَ الْإِعْتَاقِ ضِمَانُ أَرْضِ الْجَنَانِيَةِ

غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرْضِ الْجَنَايَةِ أَوْ قِيمَتِهِ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ مُحَلَّ أَرْضِ الْجَنَايَةِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ رَقَبَتُهُ لَا ذِمَّتُهُ ، فَلَمْ يَسْتَحَقَّ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِنْ هَذَا ، بِخِلَافِ جَنَايَتِهِ عَلَى سَيِّدِهِ ، فَإِنَّهُ إِذَا عَتَقَ لَزِمَهُ الْأَرْضُ بِالْغَا مَا بَلَغَ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّ مُحَلَّ أَرْضِهِ ذِمَّتُهُ لَا رَقَبَتُهُ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّ جَنَى الْمَكَاتِبُ جَنَايَاتٍ كَثِيرَةً فَأَدَّى مَالَ الْكِتَابَةِ قَبْلَ أُرُوشِ الْجَنَايَاتِ . . عَتَقَ بِالْأَدَاءِ ، وَلَزِمَهُ أَنْ يَفْدِيَ نَفْسَهُ مِنَ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِمْ . وَفِي قَدَرٍ مَا يَلْزِمُهُ لَهُمْ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَلْزِمُهُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ أَرْضِ جَنَايَتِهِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْجَنَايَاتِ اقْتَضَتْ أَنْ يَفْدِيَهَا بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ أَرْضِهَا ، وَقَدْ مَنَعَ نَفْسَهُ مِنْهَا بِأَدَائِهِ وَعَتَقِهِ ، فَضَمِنَ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ أَنْفَرَدَتْ .

فَعَلَى هَذَا : قَدْ يَلْزِمُهُ عَشْرُونَ قِيمَةً^(١) ، بَأَنْ يَجْنِيَ عَلَى عَشْرِينَ نَفْسًا .

وَالْقَوْلُ الثَّانِي : لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا أَقْلُ^(٢) الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ جَمِيعِ الْأُرُوشِ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُزْنِيِّ . وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ أُرُوشَ الْجَنَايَاتِ كُلَّهَا تَعَلَّقَتْ بِرَقَبَتِهِ ، وَقَدْ أَتْلَفَهَا بِالْعَتَقِ فِي الْأَدَاءِ ، فَلَمْ يَلْزِمُهُ أَكْثَرُ مِنْ قَدَرِ قِيمَتِهِ ، كَمَا لَوْ مَنَعَ مَانِعٌ مِنْ بَيْعِهِ بِقَتْلِهِ .

فَعَلَى هَذَا : لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ ، فَإِنْ كَانَتِ الْأُرُوشُ أَكْثَرَ مِنْهَا . . تَحَاضُّوا فِيهَا عَلَى قَدَرِ حَقُوقِهِمْ .

وَإِنْ جَنَى جَنَايَاتٍ كَثِيرَةً فَبَادَرَ سَيِّدُهُ وَأَعْتَقَهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ . . عَتَقَ ، وَلَزِمَ السَّيِّدُ أَنْ يَفْدِيَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مُحَلَّ الْأَرْضِ . وَفِي قَدَرٍ مَا يَلْزِمُهُ الْقَوْلَانِ فِي الْمَكَاتِبِ إِذَا عَتَقَ بِالْأَدَاءِ :

أَحَدُهُمَا : أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ أَرْضِ جَنَايَتِهِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ .

وَالثَّانِي : أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ أَرْضِ الْجَنَايَاتِ كُلِّهَا .

(١) أَيِ قِيمَةِ جَنَايَاتٍ ، أَوْ قَدَرِ قِيمَتِهِ الَّتِي كَانَتْ فِدَاءً .

(٢) فِي نَسَخَةٍ : (لَا يَلْزِمُهُ أَقْلُ) .

وإن عَجَزَهُ أَصْحَابُ الْجَنَايَاتِ أَوْ عَجَزَهُ السَّيِّدُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ وَفَسَخَ الْكِتَابَةَ . . . عَادَ قَتًا ، وَوَجِبَ تَسْلِيمُهُ لِلْبَيْعِ . فَإِنْ أَرَادَ السَّيِّدُ أَنْ يَفْدِيَهُ . . . ففِيهِ قَوْلَانِ :
أَحَدُهُمَا : يَفْدِيهِ بِأَقْلٍ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرُوشِ الْجَنَايَاتِ كُلِّهَا .
وَالثَّانِي : بِأَرُوشِ الْجَنَايَاتِ بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ .

وإن جَنَى الْمَكَاتِبُ جَنَايَاتٍ ، وَأَقَامَ عَلَى الْكِتَابَةِ ، وَلَمْ يَعْجِزْ نَفْسَهُ ، وَأَرَادَ أَنْ يَفْدِيَ نَفْسَهُ . . . قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : (يَفْدِي نَفْسَهُ بِالْأَقْلِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرُوشِ كُلِّ جَنَايَةٍ) .

فَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : الْأَشْبَهُ عِنْدِي أَنْ تَكُونَ هَذِهِ عَلَى قَوْلَيْنِ :
أَحَدُهُمَا : يَفْدِي بِالْأَقْلِ مِنْ أَرُوشِ كُلِّ جَنَايَةٍ أَوْ الْقِيَمَةِ .

وَالثَّانِي : أَنَّهُ يَفْدِي بِالْأَقْلِ مِنْ أَرُوشِ الْجَنَايَاتِ كُلِّهَا أَوْ الْقِيَمَةِ ، كَمَا لَوْ أَدَّى وَعْتَقَ ؛ لِأَنَّهُ مَنَعَ نَفْسَهُ مِنَ الْبَيْعِ بَعْدَ الْعَجْزِ كَمَا مَنَعَ مِنْهُ بِالْعَتَقِ بِالْأَدَاءِ . وَنَصَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَفْدِي نَفْسَهُ بِالْأَقْلِ مِنْ أَرُوشِ كُلِّ جَنَايَةٍ أَوْ قِيَمَتِهِ قَوْلًا وَاحِدًا .
وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا : أَنَّهُ إِذَا أَدَّى وَعْتَقَ . . . فَهُوَ مَتَلِفٌ لِرَقَبَتِهِ ، فَلَا يَضْمَنُ إِلَّا قِيَمَتَهَا .
وَإِذَا كَانَ مَكَاتِبًا . . . فَالْرَقَبَةُ قَائِمَةٌ يُمْكِنُ تَسْلِيمُهَا لِلْبَيْعِ ، فَإِذَا مَنَعَ مِنْ ذَلِكَ . . . ضَمِنَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَقْلَ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرُوشِ جَنَايَتِهِ .

قَالَ أَبُو الصَّبَّاحِ : وَهَذَا الْفَرْقُ يَبْطُلُ بِهِ إِذَا عَجَزَ وَفُسِخَتِ الْكِتَابَةُ وَأَخْتَارَ السَّيِّدُ الْفِدَاءَ ، فَإِنَّهُ مَانِعٌ مِنْ بَيْعِهِ مَعَ بَقَاءِ الرَّقَبَةِ وَلَا يَضْمَنُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِلَّا أَقْلَ الْأَمْرَيْنِ .

فِرْعُ : [إقرار المكاتب بجناية] :

وإن أَقَرَّ الْمَكَاتِبُ بِجَنَايَةٍ مُوجِبَةٍ لِلْقَصَاصِ . . . قَبْلَ إِقْرَاضِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَّهَمُ فِي ذَلِكَ .
وإن أَقَرَّ بِجَنَايَةٍ مُوجِبَةٍ لِلْمَالِ . . . ففِيهِ قَوْلَانِ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَحْكِيهِمَا وَجْهَيْنِ :

أحدهما : يُقْبَلُ ، وهو الأصح^(١) ؛ لأنه لا يَتَّهَمُ ، ولأنه إقرارٌ بمالٍ فقبلَ إقراره ، كما لو أقرَّ بدينٍ معاملةً .

والثاني : لا يُقْبَلُ ؛ لأنه مملوكٌ فلا يُقْبَلُ إقراره بجنايةٍ موجبةٍ للمال ، كالعبدِ القنِّ .

فإذا قلنا : يقبلُ ، فأقرَّ بجنايةٍ أرشها ألفٌ ، ثم عجزَ ورقٌ ، فأدعى السيدُ أنَّ الأرشَ خمسمائة . فهل يُقْبَلُ مِنَ السَّيِّدِ ؟ فيه قولان حكاهما الطبريُّ في « العُدَّة » :
أحدهما : لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّا قبلنا إقرارَ المكاتبِ بالآلفِ .
والثاني : يُقْبَلُ ؛ لأنه قد عَادَ قَنًا .

فرعٌ : [جناية عبد المكاتب] :

إذا كانَ لِلْمَكَاتِبِ عَبْدٌ يملكُ بيعَهُ فجنى على مولى المكاتبِ أو على أجنبيٍّ ، فإن كانتِ الجنايةَ عمدًا . فللمجني عليه أن يقتصرَ منه . وإن كانتِ خطأ ، أو عمدًا وعُفْيَ عنه على مالٍ . تعلقَ الأرشُ برقبةِ العبدِ الجاني ، وللمكاتبِ أن يفديه ؛ لأنَّ ذلكَ من مصلحةِ ماله . فإن اختارَ أن يفديه . ففيه قولان :

أحدهما : يفديه بأقلِّ الأمرينِ من قيمةِ الجاني أو أرشِ جنايته .

والثاني : يفديه بأرشِ الجنايةِ بالغاً ما بلغَ ، أو يسلمهُ للبيعِ .

فإن قلنا : يفديه بأقلِّ الأمرينِ . . كانَ له ذلكَ بغيرِ إذنِ السَّيِّدِ .

وإن قلنا : يفديه بأرشِ الجنايةِ بالغاً ما بلغَ ، فإن كانَ الأرشُ بقَدْرِ القيمةِ أو أقلَّ^(٢) . . كانَ له ذلكَ بغيرِ إذنِ سيِّده . وإن كانَ الأرشُ أكثرَ من قيمته . . لم يكنْ له ذلكَ بغيرِ إذنِ سيِّده ، فإن أذنَ له سيِّدُهُ في ذلكَ . . فهو كما لو أذنَ له في الهبةِ لغيره .

إذا ثبتَ هذا : فإنَّ قيمةَ العبدِ الجاني تُعتَبَرُ يومَ جنايته ، نصَّ عليه الشافعيُّ .

(١) في نسختين : (الصحيح) .

(٢) في نسخة : (كانت قيمته أكثر من الأرش) .

وقَالَ الْقَفَّالُ : بَلْ يَجِبُ أَنْ تُعْتَبَرَ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْفَدَاءِ ؛ لِأَنَّ أَسْتَدَامَةَ مِلْكِهِ إِنَّمَا تَقَعُ فِي هَذَا الْيَوْمِ ، وَالنَّصُّ مُحْمُولٌ عَلَيْهِ إِذَا تَقَدَّمَ مِنَ السَّيِّدِ مَنَعٌ مِنَ الْبَيْعِ .

فَإِنْ كَانَ لِلْمَكَاتِبِ عَبْدٌ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ - كَوَالِدِهِ أَوْ وَلَدِهِ - فَجُنِيَ جَنَايَةٌ تَوْجِبُ الْمَالَ . . . لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَخْرُجَ مَالًا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بِمَالٍ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ . فَإِنْ كَانَ لِهَذَا الْعَبْدِ كَسْبٌ . . . دَفَعَ الْأَرْضَ مِنْ كَسْبِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ . . . فَالْمَنْصُوصُ : (أَنَّهُ يَبَاعُ فِي الْأَرْضِ) . فَإِنْ أَسْتَغْرَقَ الْأَرْضُ قِيمَتَهُ . . . بِيَعَ جَمِيعَهُ . وَإِنْ لَمْ يَسْتَغْرِقِ الْأَرْضُ قِيمَتَهُ . . . بِيَعَ مِنْهُ بِقَدْرِ الْأَرْضِ ، وَبَقِيَ الْبَاقِي عَلَى مِلْكِ الْمَكَاتِبِ . وَإِنْ لَمْ يُمَكَّنْ ^(١) أَنْ يَبَاعَ مِنْهُ بِقَدْرِ الْأَرْضِ إِلَّا بِبَيْعِ جَمِيعِهِ . . . بِيَعَ جَمِيعَهُ ، وَيُصَرَّفُ قَدْرُ الْأَرْضِ إِلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، وَمَا بَقِيَ مِنْ ثَمَنِهِ يَكُونُ لِلْمَكَاتِبِ .

وَحَكَى الطَّبْرِيُّ فِي « الْعُدَّةِ » : أَنَّ مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا يَتَعَلَّقُ الْأَرْضُ بِرَقَبَتِهِ ، وَلَا يَبَاعُ فِي الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ مَنَعَ مِنْ بَيْعِ الْوَالِدِينَ وَالْمَوْلُودِينَ .

مَسْأَلَةٌ : [اجتماع حقوق على المكاتب] :

إِذَا اجْتَمَعَ عَلَى الْمَكَاتِبِ دَيْنُ الْكِتَابَةِ ، وَأَرْضُ الْجَنَايَةِ ، وَدَيْنُ الْمَعَامَلَةِ ، وَعِوَضُ الْقَرْضِ ، فَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ يَبْقَى بِهَا . . . فَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَحْجَرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ يَبْقَى بَدِينِهِ .

فَإِنْ كَانَتْ الدِّيُونُ كُلُّهَا حَالَةً . . . فَلِلْمَكَاتِبِ أَنْ يَقْضِيَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ أَوَّلًا ، كَالْحُرِّ . وَإِنْ كَانَ بَعْضُهَا حَالًا وَبَعْضُهَا مُؤَجَّلًا ، فَإِنْ قَضِيَ الْحَالُ مِنْهَا . . . صَحَّ ، وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يُعَجِّلَ الْمُؤَجَّلَ ، فَإِنْ كَانَ الْمُؤَجَّلُ لَغَيْرِ السَّيِّدِ . . . لَمْ يَصَحَّ قَضَاؤُهُ قَبْلَ حُلُولِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَبَرُّعٌ ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي تَعْجِيلِهِ . . . فَهُوَ كَمَا لَوْ وَهَبَ بِإِذْنِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُؤَجَّلُ لِسَيِّدِهِ وَأَرَادَ تَعْجِيلَهُ لَهُ . . . فَهُوَ كَمَا لَوْ وَهَبَ لِسَيِّدِهِ مَالًا ، عَلَى مَا مَضَى .

فَإِذَا قَضِيَ دَيْنُ الْمَعَامَلَةِ وَعِوَضَ الْقَرْضِ . . . بَقِيَ مَالُ الْكِتَابَةِ وَأَرْضُ الْجَنَايَةِ ، وَإِنْ قَضِيَ دَيْنُ الْكِتَابَةِ أَوَّلًا . . . عَتَقَ بِالْأَدَاءِ ، وَبَقِيَ دَيْنُ الْمَعَامَلَةِ وَأَرْضُ الْجَنَايَةِ فِي ذِمَّتِهِ .

(١) فِي (م) : (يَكُنْ لَهُ) .

فَإِنْ قِيلَ : هَلَّا قُلْتُمْ : إِنَّهُ لَا يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ قَبْلَ أَنْ يُوَدِّيَ أَرَشَ الْجَنَايَةِ ، كَمَا قُلْتُمْ فِي عَتَقِ الْجَانِي فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ ؟

قُلْنَا : فَالْجَوَابُ : أَنَّ الْعَتَقَ هَاهُنَا وَقَعَ بِالصِّفَةِ السَّابِقَةِ لِلْجَنَايَةِ ، فَلَمْ تَكُنِ الْجَنَايَةُ مَانِعَةً مِنْهُ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ : إِذَا دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ ، ثُمَّ جَنَى ، ثُمَّ دَخَلَ الدَّارَ . . فَإِنَّهُ يَعْتَقُ بِالصِّفَةِ السَّابِقَةِ وَلَا يَمْنَعُ مِنْهُ أَرَشُ الْجَنَايَةِ الْمُتَعَلِّقُ بِرَقَبَتِهِ ؟ فَكَذَلِكَ هَذَا مِثْلُهُ .

وَإِنْ كَانَ مَالُهُ^(١) لَا يَفِي بِذِيُونِهِ ، وَسَأَلَ غَرْمَاؤُهُ الْحَاكِمَ الْحَجَرَ عَلَيْهِ . . نَظَرَتْ : فَإِنْ سَأَلَهُ الْمَوْلَى أَنْ يَحْجَرَ عَلَيْهِ لِأَجْلِ مَالِ الْكِتَابَةِ . . لَمْ يَحْجُرْ عَلَيْهِ بِسُؤَالِهِ ؛ لِأَنَّ دَيْنَهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ؛ لِأَنَّ لِلْعَبْدِ أَنْ يُسْقِطَهُ بِالْعَجْرِ .

وَإِنْ سَأَلَهُ مَنْ لَهُ دَيْنٌ مُعَامَلَةٍ أَوْ عِوَضُ قَرْضٍ أَوْ أَرَشُ جَنَايَةٍ أَنْ يَحْجَرَ عَلَيْهِ لِأَجْلِ ذِيُونِهِمْ . . حَجَرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَوْلَى مِنَ الْحُرِّ ، فَإِذَا جَازَ الْحَجْرُ عَلَى الْحُرِّ لِمَا عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ . . فَالْمَكَاتِبُ أَوْلَى .

فَإِذَا حَجَرَ عَلَيْهِ وَكَانَتْ ذِيُونُهُمْ كُلُّهَا حَالَّةً أَوْ بَعْضُهَا مَوْجَلًا ، وَقُلْنَا يَحِلُّ الْمُوَجَّلُ بِالْحَجْرِ . . فَفَقَلَ الْمُزْنِيُّ : (أَنَّ الْحَاكِمَ إِذَا أَوْقَفَ مَالَهُ . . أَدَّى إِلَى سَيِّدِهِ وَإِلَى النَّاسِ ذِيُونَهُمْ شَرْعًا) . يَرِيدُ : سِوَاءَ .

وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ : فَحَمَلَ أَبُو إِسْحَاقَ الْمَرْوَزِيُّ كَلَامَ الشَّافِعِيِّ عَلَى ظَاهِرِهِ وَقَالَ : يُسَاوِي بَيْنَ السَّيِّدِ وَبَيْنَ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ وَيُقَسِّطُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ ذِيُونِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ إِذَا حُجِرَ عَلَيْهِ . . قُسِّمَ مَالُهُ بَيْنَ غَرْمَائِهِ عَلَى قَدْرِ ذِيُونِهِمْ ، فَكَذَلِكَ الْمَكَاتِبُ .

وَقَالَ سَائِرُ أَصْحَابِنَا : لَا يُسَاوِي بَيْنَهُمْ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ، بَلْ يُقَدَّمُ دَيْنُ الْمُعَامَلَةِ وَبَدَلُ الْقَرْضِ عَلَى أَرَشِ الْجَنَايَةِ وَمَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ دَيْنَهُمَا يَخْتَصُّ بِمَا فِي يَدِهِ ، وَالْمَجْنِي عَلَيْهِ وَالسَّيِّدُ يَرْجِعَانِ إِلَى الرِّقْبَةِ . فَإِنْ لَمْ يَفِ مَالُهُ بِدَيْنِ الْمُعَامَلَةِ وَبَدَلِ الْقَرْضِ . . قُسِّمَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِهِمَا ، وَإِنْ بَقِيَ مِنْ مَالِهِ^(٢) شَيْءٌ بَعْدَهُمَا . . قُدِّمَ أَرَشُ الْجَنَايَةِ عَلَى مَالِ

(١) فِي (م) : (مُلْكُهُ) ، وَفِي نَسْخَةٍ : (لَهُ مَالٌ يَفِي) .

(٢) فِي (م) : (مَالُهُمَا) : أَيِ الْمُسْتَحْقَيْنِ .

الكتابة ؛ لأنه مستقرٌ ودينُ الكتابة غيرُ مستقرٌ . وتأولوا كلامَ الشافعي تأويلين :
أحدهما : أنه أراد : إذا كانَ ماله في يديهِ ، وإنما حَجَرَ عليه الحاكمُ ؛ لأنه خافَ
إفلاسَهُ ، فيُسَوِّي بينهم حينئذٍ في القسمة .

والثاني : أنه أراد : إذا وصَّى غرماؤه بأن يُسَوَّى بينهم في القسمة ، فإن ماتَ
المكاتبُ قَبْلَ قسمةِ ماله . . سقطَ عنه مالُ الكتابة ؛ لأنها أنفسختْ بموته ، وسقطَ أرشُ
الجنائية ؛ لأنه تعلَّقَ برقبته وقد فاتتْ ، ولأنَّه تعلَّقَ بماله بحكمِ الكتابة وقد أنفسختْ
الكتابة ، فلم يبقَ لها محلٌّ ، ويبقى دينُ المعاملة وبدلُ القرضِ فيتقاصَّان^(١) كانَ في
يده ، فإن وقَّى ماله بهما . . فلا كلامَ ، وإن لم يفِ ماله بهما . . قُسِّطَ ماله بينهما على
قَدَرهما ، وإن بقيَ من ماله شيءٌ بعدهما . . كانَ لسيِّدهِ بحكمِ الملكِ لا بحكمِ الكتابة .
هَذَا نَقَلَ أَصْحَابُنَا الْبَغْدَادِيُّنَ .

وقال المسعوديُّ [في « الإبانة »] : فيه وجهان :

أحدهما : يقدِّمُ دينُ المعاملة والقرضُ على أرشِ الجنائية بعدَ موته ؛ لما ذكرناه .

والثاني : يُسَوَّى بينَ الجميع ؛ لأنه لا محلٌّ للجنائية بعدَ موته إلَّا بماله .

وأما إذا لم يكن في يَدِ المكاتبِ مالٌ ، فإن اختارَ أصحابُ الديونِ إنظارَهُ إلى أن
يكتسبَ . . جازَ ، وإن لم يَخْتاروا إنظارَهُ وأرادوا^(٢) تعجيزَهُ . . نظرتْ :

فإن طلبَ مَنْ لَهُ دينُ المعاملة وبدلُ القرضِ تعجيزَهُ وردَّه إلى الرقِّ . . لم يكن لهما
ذلك ؛ لأنه لا فائدةَ لهما في ذلك ؛ لأنَّ حقَّهُما متعلِّقٌ بما في يده لا في رقبته^(٣) ، بل
الحظُّ لهما في تركهِ على الكتابة ؛ لجوازِ أن يكتسبَ مالا ، فيقضيَ دينَهُما منه .

وإن أرادَ المولى تعجيزَهُ وردَّه إلى الرقِّ لما عليه له من مالِ الكتابة . . كانَ له ذلك ،
فإن عَجَزَهُ . . أنفسختِ الكتابة وسقطَ دينُ المعاملة وبدلُ القرضِ ، وتعلَّقَ برقبته أرشُ

(١) في نسختين : (يُقَضَّيانِ مما) .

(٢) في (م) : (اختاروا) .

(٣) في نسخة : (ذمته) .

الجنانية . فَإِنْ أَخْتَارَ السَّيِّدُ تَسْلِيمَهُ لِلْبَيْعِ . . . بَيْعٌ فِي الْجَنَانِيَّةِ ، وَإِنْ أَخْتَارَ أَنْ يَفْدِيَهُ . . . كَانَ لَهُ ذَلِكَ . . . وَبِكَمْ يَفْدِيهِ ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : بِأَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرْضِ الْجَنَانِيَّةِ .

وَالثَّانِي : بِأَرْضِ الْجَنَانِيَّةِ بِالْغَا مَا بَلَغَ .

وَإِنْ أَرَادَ الْمُجْنِيُّ عَلَيْهِ تَعْجِيزَهُ . . . كَانَ لَهُ ذَلِكَ ، وَلَكِنْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْكِتَابَةَ بِنَفْسِهِ ، بَلْ يَرْفَعُ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ لِيَفْسَخَ الْكِتَابَةَ وَيَبِيعَهُ بِأَرْضِ الْجَنَانِيَّةِ ، إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ السَّيِّدُ أَنْ يُبْقِيَهُ عَلَى الْكِتَابَةِ وَيَفْدِيَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ . . . وَبِكَمْ يَفْدِيهِ ؟ عَلَى الْقَوْلَيْنِ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ رَحِمَهُ اللَّهُ : إِذَا عَجَّزَهُ الْمُجْنِيُّ عَلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ يُحِيطُ بِالثَّمَنِ . . . بَيْعٌ جَمِيعُهُ وَقُضِيَ حَقُّ الْمُجْنِيِّ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ دُونَ الثَّمَنِ . . . بَيْعٌ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا يَقْضِي بِهِ الْأَرْضُ ، وَبَقِيَ الْبَاقِي عَلَى الْكِتَابَةِ ، فَإِذَا أَدَّى كِتَابَةَ بَاقِيهِ . . . عَتَقَ . وَهَلْ يَقُومُ الْبَاقِي عَلَى الْمَوْلَى إِنْ كَانَ مُوسِرًا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا يَقُومُ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ بِسَبَبِ الْعَتَقِ قَبْلَ التَّبْعِيضِ .

وَالثَّانِي : يَقُومُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ اخْتِيَارَهُ لِلْإِنْظَارِ كَأَبْتَدَاءِ الْعَتَقِ .

مَسْأَلَةٌ : [الجنانية على المكاتب] :

وَإِذَا جُنِيَ عَلَى الْمَكَاتِبِ ، فَإِنْ كَانَتْ عَلَى نَفْسِهِ . . . أَنْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ .

فَإِنْ كَانَ الَّذِي جُنِيَ عَلَيْهِ أَجْنَبِيًّا . . . وَجِبَتْ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي جُنِيَ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ . . . لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَكَانَ لَهُ أَخْذُ كَسْبِهِ .

فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ الْقَاتِلُ لَا يَسْتَحِقُّ تَرْكَةَ الْمَقْتُولِ ؟

قُلْنَا : إِنَّمَا لَا يَسْتَحِقُّهُ بِالْإِرْثِ ، وَهَذَا لَيْسَ بِإِرْثٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ لِحَقِّ الْمَلِكِ .

وَإِنْ كَانَتِ الْجَنَانِيَّةُ عَلَى طَرَفِهِ ، فَإِنْ كَانَتِ الْجَنَانِيَّةُ عَمْدًا ، وَكَانَ الْجَانِي مِمَّنْ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ الْمَكَاتِبُ الْقِصَاصَ . . . فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْقِصَاصَ .

وَحَكَى الرَّبِيعُ قَوْلًا آخَرَ : أَنَّ لِلْسَّيِّدِ مَنَعَهُ مِنَ الْقِصَاصِ .

قَالَ أَصْحَابُنَا : وَهَذَا لَا يُعْرَفُ لِلشَّافِعِيِّ ، بَلْ هُوَ مِنْ تَخْرِيجِ الرَّبِيعِ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لِلتَّشْفِي وَدَرَكِ الْغِيْظِ ، وَالْمَكَاتِبُ كغَيْرِهِ فِي ذَلِكَ .

وَإِنْ كَانَتْ الْجَنَائِيَةُ خَطَأً أَوْ عَمْدًا عَلَى مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ الْمَكَاتِبُ الْقِصَاصَ ، أَوْ عَفَا عَنِ الْقِصَاصِ عَلَى مَالٍ . . كَانَ الْأَرْشُ لِلْمَكَاتِبِ ؛ لِأَنَّهُ كَكَسْبِهِ .

وَإِنْ كَانَ لِلْمَكَاتِبِ عَبْدٌ يَمْلِكُ بَيْعَهُ فَجَنَى عَلَى الْمَكَاتِبِ . . كَانَ لِلْمَكَاتِبِ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْهُ إِنْ كَانَتْ الْجَنَائِيَةُ يَجِبُ فِيهَا الْقِصَاصُ ، وَإِنْ كَانَتْ خَطَأً . . لَمْ يَثْبُتْ لَهُ عَلَيْهِ أَرْشٌ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَثْبُتُ لَهُ الْمَالُ عَلَى عَبْدِهِ .

وَإِنْ مَلَكَ الْمَكَاتِبُ وَالِدَهُ أَوْ وَلَدَهُ فَجَنَى عَلَى الْمَكَاتِبِ جَنَائِيَةً تَوْجِبُ الْمَالَ . . فِيهِ وَجْهَانِ ، حَكَاهُمَا أَبُو الصَّبَّاحِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ يَبِيعُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَفِيدُ بِالْبَيْعِ أَرْشَ الْجَنَائِيَةِ ، وَيَخَالِفُ غَيْرُهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَفِيدُ بِالْبَيْعِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ بَيْعَهُ مِنْ غَيْرِ جَنَائِيَةٍ .

وَالثَّانِي : لَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، فَلَا يَجِبُ لَهُ عَلَيْهِ مَالٌ .

وَمَا ذَكَرَهُ الْأَوَّلُ . . يَبْطُلُ بِالْعَبْدِ الْمَرْهُونِ ، إِذَا جَنَى عَلَى الرَّاهِنِ .

وَإِنْ جَنَى بَعْضُ عِبِيدِ الْمَكَاتِبِ عَلَى بَعْضِ جَنَائِيَةٍ تَوْجِبُ الْقِصَاصَ . . فَلَهُ أَنْ يَقْتَصَّ مِنَ الْجَانِيِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَصْلَحَةِ مَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسْتَوْفِ الْقِصَاصَ . . كَانَ ذَلِكَ ذَرِيعَةً إِلَى إِقْدَامِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ . وَإِنْ كَانَتْ خَطَأً أَوْ عَمْدًا وَعَفَا عَنْهُ عَلَى مَالٍ . . لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْمَالُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يَثْبُتُ لَهُ الْمَالُ عَلَى عَبْدِهِ .

وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ

* * *

بابُ الكتابةِ الفاسدةِ

قال الشافعي رحمه الله تعالى : (ولو كاتب عبده كتابةً فاسدةً فأدَّى .. عتق ، ورجع عليه السيّد بقيمته يومَ عتق) .

وجملةُ ذلك : أنَّ العتقَ المعلقَ بالصفّاتِ على ثلاثةِ أضربٍ :

عتقٌ معلقٌ بصفةٍ محضةٍ لا مدخلَ للعوضِ فيها .

وعتقٌ معلقٌ بصفةٍ فيها معاوضةٌ والمغلبُ فيها حكمُ المعاوضةِ .

وعتقٌ معلقٌ بصفةٍ فيها معاوضةٌ والمغلبُ فيها حكمُ الصّفةِ .

فأما [الضربُ الأوّلُ : وهو] العتقُ المعلقُ بصفةٍ لا عوضَ فيها ، فمثلُ قوله : إن دخلت الدارَ فأنت حرٌّ ، وإن كلمت فلاناً فأنت حرٌّ ، فهذه صفةٌ لازمةٌ من جهةِ السيّدِ والعبدِ ، فمتى وُجدتِ الصّفةُ .. عتقَ العبدُ .

وفي معنى هذا : إذا قال : إن أعطيتني ألفاً فأنت حرٌّ ، فهذا وإن تضمّنَ عطيةً الألفِ .. فليسَ هوَ على وجهِ العوضِ ، وإنما العطيةُ صفةٌ في وقوعِ العتقِ ، فليسَ للسيّدِ ولا للعبدِ فسخُ هذه الصّفةِ .

وإن أبرأ السيّدُ العبدَ من الألفِ .. لم يعتق ؛ لأنَّ العتقَ يقعُ بوجودِ الصّفةِ ، وهي العطيةُ ، والإبراءُ ليسَ بعطيةٍ . وإن مات السيّدُ .. بطلتِ الصّفةُ . وإن كسبَ العبدُ مالاً قبلَ وجودِ العطيةِ .. كانَ لسيّدهِ . وإن دفعَ الألفَ إلى السيّدِ .. ملكهُ السيّدُ ، وكانَ للسيّدِ ما بقي في يدِ العبدِ ، ولا تراجعَ بين السيّدِ والعبدِ . لهذا هوَ المذهبُ .

ومن أصحابنا الخراسانيّينَ مَنْ قالَ : حكمُهُ حكمُ الكتابةِ الفاسدةِ ؛ لأنّه في الحقيقةِ كتابةٌ على نجمٍ واحدٍ .

وأما الضربُ الثاني : وهوَ العتقُ المعلقُ بصفةٍ والمغلبُ فيه حكمُ العوضِ : فهوَ العتقُ في الكتابةِ الصحيحةِ ، وقد مضى بيانهُ .

وَأَمَّا الضَرْبُ الثَّالِثُ : وَهُوَ الْعَتَقُ الْمَعْلَقُ بِصِفَةٍ فِيهَا مَعَاوِضَةٌ وَالْمَغْلَبُ فِيهِ حَكْمُ الصِّفَةِ : فَهُوَ الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ ، بَأَن يَكَاتِبَ عَبْدُهُ عَلَى خَمْرِ أَوْ خَتَزِيرٍ أَوْ شَرْطٍ فَاسِدٍ ، فَإِنَّ الْمَعَاوِضَةَ فِيهَا يَبْطُلُ حَكْمُهَا ؛ لِفَسَادِ الْعَقْدِ ، وَتَبْقَى الصِّفَةُ وَهَذِهِ صِفَةٌ جَائِزَةٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ .

فَإِنْ أَمْتَنَعَ الْعَبْدُ مِنَ الْأَدَاءِ . . لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْأَدَاءِ فِي الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ . . فَلَا نَّ لَا يُجْبَرْ عَلَى الْأَدَاءِ فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ أَوَّلَى . وَلِلسَّيِّدِ أَيْضاً أَنْ يُبْطَلَ الصِّفَةُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ إِنَّمَا دَخَلَ فِي الْعَقْدِ وَرَضِيَ بِالصِّفَةِ . . لَيْسَلَمَ لَهُ الْعَوَضَ الَّذِي شَرَطَهُ ، وَلَمْ يَسَلَمَ لَهُ ، فَكَانَ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا .

وَكَيْفِيَّةُ الرَّجُوعِ : هُوَ أَنْ يَقُولَ : قَدْ رَجَعْتُ فِي الصِّفَةِ وَأَبْطَلْتُهَا .

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : (وَيُشْهَدُ عَلَى ذَلِكَ) .

قَالَ أَصْحَابُنَا : لَمْ يُرْذَ بِهَذَا : أَنَّ الْإِشْهَادَ شَرْطٌ فِي صَحَّةِ الرَّجُوعِ ، وَإِنَّمَا هُوَ لِيُثَبِّتَ أَنَّهُ قَدْ رَجَعَ فِيهَا وَأَبْطَلَهَا . وَلِلسَّيِّدِ أَنْ يُبْطَلَ الصِّفَةُ بِنَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ ؛ لِأَنَّهُ مُجْمَعٌ عَلَيْهِ ، فَهُوَ كَفَسْخِ الْبَيْعِ لِلْعَيْبِ .

فَإِنْ جُنَّ الْمَوْلَى ، أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ ، أَوْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِسَفِهِ قَبْلَ الْأَدَاءِ . . بَطَلَتِ الصِّفَةُ ، وَلَمْ يَعْتَقِ الْعَبْدُ بِأَدَاءِ الْعَوَضِ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ ، فَبَطَلَ بِالْجُنُونِ وَالْإِغْمَاءِ ، كَالْوَكَالَةِ وَالشَّرَكَةِ .

وَلَوْ عَلَقَ عَتَقَ عَبْدُهُ عَلَى دُخُولِ الدَّارِ ، فَجُنَّ الْمَوْلَى أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ . . لَمْ تَبْطُلِ الصِّفَةُ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ إِبْطَالَ الصِّفَةِ الْمَجْرَدَةِ ، بَلْ هِيَ لَازِمَةٌ مَعَ بَقَاءِ الْمِلْكِ . هَذَا هُوَ الْمَنْصُوصُ .

وَحَكَى الْمُحَامِلِيُّ : أَنَّ الشَّيْخَ أَبَا حَامِدٍ قَالَ : عِنْدِي أَنَّ الصِّفَةَ فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ لَا تَبْطُلُ بِجُنُونِ الْمَوْلَى ، كَمَا لَا يَبْطُلُ الْعَتَقُ الْمَعْلَقُ بِدُخُولِ الدَّارِ ، وَحَمَلَ النَّصَّ عَلَى أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا قَبَضَ فِي حَالِ جُنُونِهِ . . لَمْ يَعْتَقِ الْعَبْدُ ؛ لِأَنَّهُ قَبْضٌ غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَلَا يَقَعُ بِهِ الْعَتَقُ .

وإن مات المولى قَبْلَ أداءِ المالِ إليه.. بطلتِ الصفةُ ، ولم يعتقِ العبدُ بالأداءِ إلى ورثته .

وقال أبو حنيفة وأحمدُ : (لا يبطلُ ، وإذا أدَّى إلى ورثته .. عتقَ) .

دليلنا : أنه عقدُ جائزٍ من الطرفين لا يؤوَلُ إلى اللزومِ ، فبطلَ بالموتِ ، كالوكالةِ والشركة .

وإن جُنَّ العبدُ أو أُغمِيَ عليه.. لم تبطلِ الصفةُ ؛ لأنَّ العبدَ محجورٌ عليه بالرقِّ قَبْلَ الجنونِ ، فلا يتجدَّدُ له بالجنونِ الحَجْرُ ، ولأنَّ العبدَ لا يملكُ إبطالَ الصفةِ ، وإنَّما له أن يعجزَ نفسه ، فلا ينفسخُ بجنونه .

وإن مات العبدُ قَبْلَ الأداءِ.. بطلتِ الصفةُ ؛ لأنَّ العتقَ لا يلحقُه بعدَ الموتِ .

وإن أدَّى العبدُ إلى سيِّده العوضَ الذي كاتبه عليه قَبْلَ بطلانِ الصفةِ بشيءٍ ممَّا ذكرناه.. عتقَ العبدُ ؛ لأنَّ العقدَ أشتمَلَ على معاوضةٍ وصفةٍ ، فإذا بطلتِ المعاوضةُ.. بقيتِ الصفةُ ، فعتقَ بها .

وإن أبرأه السيِّدُ من المالِ الذي كاتبه عليه.. لم يعتقَ ؛ لأنه إنَّما يعتقُ هاهنا بالصفةِ ، وهي قوله : فإذا أدَّيته فأنت حرٌّ ، والصفةُ لا توجدُ في البراءةِ ، بخلافِ الكتابةِ الصحيحةِ ، فإنَّه إذا أبرأه من مالِ الكتابةِ.. عتقَ ؛ لأنَّ المغلَّبَ فيه حكمُ المعاوضةِ . فإذا أبرأه من المالِ.. صارَ كأنَّه أدَّاهُ وعتقَ ، وإذا عتقَ العبدُ في الكتابةِ الفاسدةِ بالأداءِ.. كانَ له ما كسبه بعدَ الكتابةِ .

وإن كاتبَ جاريةً ، وأتتْ بولدٍ بعدَ الكتابةِ ، وقلنا : يتبعُها في الكتابةِ الصحيحةِ.. تبعها في الكتابةِ الفاسدةِ أيضاً ؛ لأنَّ الفاسدةَ لمَّا كانت كالصحيحةِ في العتقِ بالأداءِ.. كانت كالصحيحةِ أيضاً في ملكِ الكسبِ وفي الولدِ .

وإن أعتقه السيِّدُ قَبْلَ الأداءِ.. لم يتبعه كسبهُ ، ولا يتبعُ الجاريةَ ولدها ؛ لأنَّ الكتابةَ الفاسدةَ للسيِّدِ فسخُها ، فجُعِلَ عتقه فسخاً . وقد نصَّ الشافعيُّ رحمه الله تعالى : (أنَّ السيِّدَ لو أعتقه عن الكفارةِ.. أجزأه ، ولو وقَّع عتقه بحكمِ الكتابةِ.. لمَّا أجزأه في الكفارةِ) .

ويرجعُ العبدُ على مولاهُ بالعوضِ الذي دفعَهُ إليه ؛ لأنَّهُ دفعَهُ إليه عَمَّا عليه لَهُ فإذا لَمْ يَكُنْ لَهُ عليه شيءٌ . . رجعَ عليه بِهِ .

ويرجعُ المولى على العبدِ بقيمتهِ مِنْ غالبِ نقدِ البلدِ ؛ لأنَّهُ إِنَّمَا أَزَالَ مِلْكَهُ عَنْهُ بشرطِ أَنْ يُسَلِّمَ لَهُ العِوَضَ الذي شرطَهُ ، فإذا لَمْ يُسَلِّمَ لَهُ وتَعَذَّرَ الرجوعُ إِلَى رَقَبَتِهِ . . رجعَ عليه بقيمتهِ ، كما لو باعَ سَلْعَةً بشرطِ فاسِدٍ وتَلَفَتِ السَّلْعَةُ في يَدِ المشتري .

وتعتَبَرُ قيمةُ العبدِ حالَ العتقِ ؛ لأنَّهَا حالةُ الإِتلافِ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُ العِوَضِينَ مِنْ غيرِ جنسِ الآخرِ . . طَالَبَ كُلُّ واحدٍ مِنْهُمَا بحَقِّهِ الذي لَهُ عِنْدَ صاحِبِهِ . وَإِنْ كَانَ العِوَضُ الذي لَهُ دفعَهُ العبدُ إِلَى السَيِّدِ مِنْ جنسِ نقدِ البلدِ وعلى صفتهِ . . فالحكمُ فِيهِ - وفي كُلِّ دَيْنَيْنِ مِنَ الأَثْمَانِ أَحَدُهُمَا مِنْ جنسِ الآخرِ وعلى صفتهِ - واحدٌ ، وهو : أَنَّهُ هَلْ يَصِيرُ أَحَدُهُمَا قِصَاصاً عَنِ الآخرِ ؟ فِيهِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ :

أحدهما : يَسْقُطُ أَحَدُهُمَا بِالآخرِ وَإِنْ لَمْ يَتَرَضِيا وَلَا رَضِيَ أَحَدُهُمَا ؛ لأنَّهُ لَا فائِدَةَ فِي قبْضِ كُلِّ واحدٍ مِنْهُمَا لِحَقِّهِ ، ولأنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ دفعُهُ أَوْ مِثْلُهُ .

والثاني : أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ أَحَدُهُمَا بِالآخرِ إِلَّا بَأْنِ يَرْضَى أَحَدُهُمَا بِذَلِكَ ؛ لأنَّهُ إِذَا رَضِيَ أَحَدُهُمَا . . فَقَدْ رَضِيَ أَنْ يَقْضِيَ الدَّيْنَ الذي عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ الذي لَهُ ، وَلَهُ أَنْ يَقْضِيَ ما عَلَيْهِ مِنْ أَيِّ مالِهِ شاءَ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلآخرِ الامْتِناعُ .

والثالثُ : أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ أَحَدُهُمَا بِالآخرِ إِلَّا بَرِضَاهُما جَمِيعاً ؛ لأنَّهُ إِبْدَالُ ذِمَّةٍ بِذِمَّةٍ ، فَلَمْ تَصَحَّ إِلَّا بَرِضَاهُما ، كَالْحَوَالَةِ .

والرابعُ : أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ أَحَدُهُمَا بِالآخرِ وَإِنْ تَرَضِيا ؛ لأنَّهُ يَبِيعُ دَيْنَ بَدِينٍ ، فَلَمْ يَصَحَّ .

وكلُّ موضعٍ قُلْنَا : يَسْقُطُ أَحَدُهُمَا بِالآخرِ ، فَإِنْ كَانَا مَتَمَثِّلَيْنِ . . سَقَطَ أَحَدُهُمَا بِالآخرِ ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَكْثَرَ مِنَ الآخرِ . . سَقَطَ الْأَقْلُ ، وَسَقَطَ مِنَ الْأَكْثَرِ بِقَدْرِ الْأَقْلِ ، وَدَفَعَ ما بَقِيَ عَلَيْهِ .

قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : وَإِنْ كَانَ الْحَقَّانِ مِنْ غيرِ جنسِ الأَثْمَانِ . . فَلَا يَسْقُطُ أَحَدُهُمَا بِالآخرِ .

والفرق بينهما : أَنَّ ما عدا الأثْمَانِ تُطْلَبُ فِيهِ الْمَغَابِنَةُ^(١) ؛ لوجود الاختلافِ فيها ،
وقلما يتساويان ، والأثْمَانُ بِهِ متساويةٌ لا تُطْلَبُ فِيهَا الْمَغَابِنَةُ .

وذكرَ الشيخُ أَبُو إِسْحَاقَ : أَنَّ الْحَقَّيْنِ إِذَا كَانَا مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ .. فَهِيَ كالأثْمَانِ
على الأربعةِ الأقوالِ .

وإنْ أَخَذَ الْمَكَاتِبُ كِتَابَةً فَاسِدَةً مِنْ سَهْمِ الرِّقَابِ مِنَ الزَّكَاةِ شَيْئاً ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ
وَفَاءٌ بِمَا كُتِبَ عَلَيْهِ .. اسْتُرْجِعَ مِنْهُ . وَإِنْ كَانَ فِيهِ وَفَاءٌ .. فَالْمَنْصُوصُ : (أَنَّهُ يُسْتَرْجَعُ
مِنْهُ) ؛ لِأَنَّ بِفَسَادِ الْكِتَابَةِ خَرَجَ عَنْ أَنْ يَكُونَ مِنَ الرِّقَابِ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا يُسْتَرْجَعُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ كَالْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ فِي الْعَتَقِ
وَالْكَسْبِ ، فَكَانَ كَالصَّحِيحَةِ فِي الْأَخْذِ مِنْ سَهْمِ الرِّقَابِ .

مَسْأَلَةٌ : [يعتق المخبول ونحوه بأداء الكتابة] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : (وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ مَخْبُولاً .. عَتَقَ بِأَدَاءِ الْكِتَابَةِ ، وَلَا
يَرْجَعُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ بِشَيْءٍ) وفي هذا ثلاثُ مسائلَ :

إِحْدَاهُنَّ : إِذَا كَاتَبَ عَبْدُهُ وَهُوَ عَاقِلٌ كِتَابَةً صَحِيحَةً ، ثُمَّ جَنَّ الْعَبْدُ وَأَدَّى مَالَ الْكِتَابَةِ
فِي حَالِ جُنُونِهِ .. فَإِنَّهُ يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ إِذَا قَبَضَ مِنْهُ .. فَقَدْ اسْتَوْفَى مِنْهُ حَقَّهُ
الَّذِي كَاتَبَهُ عَلَيْهِ ، وَلَوْ أَخَذَ حَقَّهُ مِنْ يَدِهِ .. يَعْتَقُ الْعَبْدُ بِحَكْمِ الْعَقْدِ .

الثَّانِيَةُ : إِذَا كَاتَبَهُ - وَهُوَ عَاقِلٌ^(٢) - كِتَابَةً فَاسِدَةً ، ثُمَّ جَنَّ الْعَبْدُ فَأَدَّى الْمَالَ فِي حَالِ
جُنُونِهِ .. فَيَعْتَقُ الْعَبْدُ بِحَكْمِ الصَّفَةِ ، وَيَثْبُتُ بَيْنَهُمَا التَّرَاجُعُ إِلَّا أَنَّ الْحَاكِمَ هَاهُنَا يُنْصَبُ
وَكَيْلاً عَلَى الْعَبْدِ يَرَاجِعُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْمَجْنُونَ لَا تَصَحُّ مَرَاجَعَتُهُ .

الثَّالِثَةُ : إِذَا كَاتَبَ عَبْدُهُ الْمَجْنُونَ كِتَابَةً فَاسِدَةً ، فَأَدَّى الْعَبْدُ الْمَالَ فِي حَالِ جُنُونِهِ ..
فَنَقَلَ الْمُزْنِيُّ : (أَنَّهُ يَعْتَقُ بِأَدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَلَا يَرْجَعُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ^(٣) بِشَيْءٍ) .

(١) فِي بَعْضِ النُّسخِ : (الْمَعَابِنَةُ) هُنَا وَفِي الْمَوْضِعِ الْآتِي بَعْدَهُ .

(٢) فِي نَسَخَتَيْنِ : (كَاتَبَ عَبْدُهُ الْعَاقِلُ) .

(٣) فِي نَسَخَتَيْنِ : (صَاحِبِهِ) .

ونقلَ الربيعُ في « الأُم » [٣٧٩/٧] : (أنه يعتقُ ، ويتراجعان)^(١) .

وأختلفَ أصحابنا في المسألة على أربع طرقٍ :

فقالَ أبو العباسِ : الصحيحُ : ما نقلَهُ الربيعُ في « الأُم » وأنَّهُما يتراجعانِ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ لَمْ يَسْلَمْ لَهُ ما شرطَ مِنَ المسمَّى ، وقد وقعَ العتقُ ، فيتراجعان ، ككتابةِ الصحيح ، وما نقلَهُ المزنِيُّ فيه زيادةٌ : (لا) .

وقالَ أبو إسحاقَ : الصحيحُ : ما نقلَهُ المزنِيُّ وأنَّهُ لا يرجعُ بشيءٍ ؛ لأنَّ العبدَ إذا كانَ مجنوناً . . فليسَ هوَ مِنْ أَهْلِ العقودِ ولا مِنْ أَهْلِ الضمانِ ، فإذا عقدَ مَعَهُ العقدَ . . فلمَ يلتزمَ ضماناً بالعقدِ ، وإنَّما يعتقُ بوجودِ الصفةِ ، فلمَ يثبتَ بينهما التراجعُ . وما نقلَهُ الربيعُ أسقطَ منه : (لا) .

وقالَ القاضي أبو الطَّيِّبِ : في المسألة قولانِ ، ووجهُهما : ما ذكرناه لأبي العباسِ وأبي إسحاقَ .

وقالَ الشيخُ أبو حامدٍ : يحتملُ أن تكونَ المسألةُ على اختلافِ حالينِ :

فالذي نقلَهُ المزنِيُّ : (أنه لا يرجعُ أحدهما بشيءٍ) أرادَ به : إذا كاتبَهُ وهوَ مجنونٌ . . فلا يثبتُ بينهما تراجعٌ ؛ لأنَّ المجنونَ ليسَ مِنْ أَهْلِ العقودِ والضمانِ .

والذي نقلَ الربيعُ : (أنَّهُما يتراجعانِ) أرادَ به : إذا كاتبَهُ كتابةً فاسدةً وهوَ عاقلٌ ، ثمَّ جنَّ وأدَّى المالَ في حالِ جنونه . . فإنَّه يعتقُ ويتراجعانِ ؛ لأنَّه حالَ العقدِ مِنْ أَهْلِ العقدِ والضمانِ .

وإنَّ كاتبَ عبداً صغيراً فأدَّى إليه ما كاتبَهُ عليه . . عتقَ ، وهل يثبتُ بينهما التراجعُ ؟ على الطَّريقِ الأوليِّ الثلاثِ في المجنونِ .

مسألةٌ : [إبطال السَّيِّدِ المكاتبَةِ إذا جرَّأها] :

وإنَّ كاتبَ نصفَ عبدهِ وقُلنا : لا يصحُّ . . فللسَّيِّدِ إبطالُ هذهِ الصِّفَةِ والرجوعُ فيها . فإنَّ لَمْ يُبطلْها حتَّى أدَّى العبدُ ما كاتبَهُ عليه . . عتقَ النصفُ الذي كاتبَهُ منه بالصِّفَةِ ،

(١) في نسخة : (لا يعتقُ ويبرأ) .

وسرى العتق إلى باقيه ؛ لأنَّ النصفَ الأوَّلَ عتقَ برضا السيِّد وأختياريه ، فسرى العتقُ إلى باقيه ، كما لو قال لعبيده : إن دخلت الدارَ فنصفُك حرٌّ ، فدخل الدارَ ، فإنَّ نصفَهُ يعتقُ بالصفة والثاني بالسراية .

إذا ثبتَ هذا : فإنَّ للعبد أن يرجعَ على السيِّد بما دفعَ إليه من العوضِ ، وللسيِّد أن يرجعَ على العبد بقيمة نصفه الذي كاتبه عليه ؛ لأنَّ السيِّد لم يرضَ بزوال ملكه عنه إلاَّ بعوضٍ ، ولم يسلم له ذلك ، ولا يرجعُ عليه بقيمة نصفه الذي عتقَ بالسراية ؛ لأنَّ العبدَ لم يلتزم لسيِّده بعتق ذلك النصف عوضاً .

فرعٌ : [مكاتبه الشريك دون إذن شريكه] :

وإن كاتبَ شركاً له في عبده من غيرِ إذنِ شريكه . . فالكتابةُ فاسدةٌ ، وللسيِّد أن يبطلَ الصفةَ ويرجعَ فيها ، فإنَّ لم يُبطلَ الصفةَ حتَّى أدَّى إليه العبدُ ما كاتبه عليه . . نظرت :

فإن أدَّى إليه ذلكَ من حصَّة نصيبه من كسبه ، وأدَّى إلى شريكه حصَّة نصيبه من كسبه . . عتقَ نصيبُ السيِّد الذي كاتبه بالصفة ، ورجعَ العبدُ على سيِّده الذي كاتبه بما دفعَ إليه من العوضِ ، ورجعَ المولى عليه بقيمة نصيبه منه .

فإن كان السيِّد الذي كاتبه موسراً بقيمة حصَّة شريكه منه . . عتقَ عليه بالسراية ، وغرمَ لشريكه قيمة نصيبه ، ولا يرجعُ السيِّد على العبد بقيمة ما غرمه لشريكه ؛ لأنَّ العبدَ لم يلتزم لسيِّده الذي كاتبه عوضاً عن عتق نصيب شريكه .

وإن دفعَ العبدُ المكاتبَ جميعَ كتابته^(١) إلى الذي كاتبه . . فهل يعتقُ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يعتقُ ؛ لأنَّ العتقَ في الكتابةِ الفاسدةِ يقعُ بالصفة ، وقد وجدتِ الصفةُ ، فعتقُ ، كما لو قال لامرأته : إن أعطيتني هذا العبدَ فأنت طالقٌ ، فغصبتُهُ وأعطتُهُ إِيَّاهُ .

(١) في (م) : (كسبه) .

والثاني : لا يعتق ، وهو الصحيح^(١) ؛ لأنَّ قوله : فإذا أدَّتِ إليَّ كذا فأنت حرٌّ يقتضي أنَّ يؤدِّيَ إليه ممَّا يملك ، وما أذاهُ إليه لا يملكه ، فهو كما لو لم يؤدِّ إليه ، ويخالفُ العبدَ في الطلاق ؛ لأنَّه قد عتَّه ، فوزانه من الطلاق أن يقول : إذا أعطيتني عبداً فأنت طالق ، فغصبتُ عبداً وأعطتهُ إياه . . فإنَّها لا تطلق .

فإذا قلنا : إنَّه يعتق . . فللشريك الذي لم يكتب أن يرجع على شريكه بحصة نصيبه ممَّا قبضه من العبد ؛ لأنَّه ملكه ، ويرجع المولى على العبد بقيمة نصيبه ، ويرجع العبدُ عليه بما بقي من كسبه .

وإن كان السيّد الذي كاتبه موسيراً بقيمة نصيب شريكه . . قوّم عليه وعتق عليه ، ولا يرجع على العبد بما غرّمه لشريكه من الكسب والقيمة .

وإن قلنا : إنَّه لا يعتق . . فللشريك الذي لم يكتب أن يرجع على شريكه بنصف ما قبضه من كسب العبد ، فإن أدَّى إليه العبدُ تمام ما كاتبه عليه من نصف كسبه . . عتق وحكم التراجع بينهما والتقويم على ما مضى .

وإن كاتبه بإذن شريكه ، فإن قلنا : لا يصح . . فهو كما لو كاتبه بغير إذنه ، على ما مضى . وإن قلنا : إنَّه يصح ، فإن دفع نصف كسبه إلى الذي كاتبه ونصفه إلى الذي لم يكتبه . . عتق بالأداء ولم يثبت بين السيّد والعبد تراجع ؛ لأنَّ الكتابة صحيحة .

فإن كان الذي كاتبه موسيراً بقيمة نصيب شريكه . . قوّم عليه وعتق ولا شيء على المكاتب ممَّا دفعه السيّد بالتقويم . فإن كان معسراً . . لم يقوّم عليه .

وإن دفع جميع كسبه إلى الذي كاتبه . . فهل يعتق نصيب الذي كاتبه ؟

من أصحابنا من قال : فيه وجهان ، كالوجهين في الكتابة الفاسدة .

وقال أكثرهم : لا يعتق وجهاً واحداً ، وهو المذهب ؛ لأنَّ الكتابة الصحيحة : المغلَّب فيها حكم العوض - ولم يحصل له دفع العوض - والكتابة الفاسدة : المغلَّب فيها الصفة .

مسألة : [مكاتبه عبيد بعقد واحد] :

إذا كاتب عبيداً له على مالٍ بعقدٍ واحدٍ ، فإن قلنا : يصحُّ العقدُ ، بأنَّ أدَّى كلُّ واحدٍ منهم ما يخصُّه من مالِ الكتابةِ . . عتقوا ، وإنَّ أدَّى واحدٌ منهم ما يخصُّه . . عتقَ .

فإن قيلَ : هلاً قلتم : لا يعتقُ المؤدِّي قبلَ أداءِ أصحابه ؛ لأنَّ السيّدَ قالَ : فإذا أدَّيتم . . فأنتم أحرارٌ ، فلا يعتقُ واحدٌ منهم حتَّى يؤدُّوا كلُّهم^(١) ، كما لو قالَ لعبيدهِ : إذا أدَّيتم إليَّ كذا . . فأنتم أحرارٌ ، فإنَّه لا يعتقُ واحدٌ منهم إلَّا بأداءِ الجميعِ ؟ فالجوابُ : أنَّ الكتابةَ إذا كانت صحيحةً . . فالمغلبُ فيها حكمُ المعاوضةِ دونَ الصفةِ ، بدليلٍ : أنَّه لو أبرأ السيّدُ واحداً منهم . . عتقَ .

وإن قلنا : إنَّ الكتابةَ فاسدةٌ للسيّدِ بإبطالِ الصفةِ ، فإنَّ لم يُبطلها حتَّى أدَّوا المالَ الذي كُتِبوا عليه . . عتقوا بالصفةِ ، ورجعَ السيّدُ على كلِّ واحدٍ منهم بقيمتهِ ، ورجعوا عليه بالمالِ الذي دفعوه إليه .

وإنَّ أدَّى أحدهم ما يخصُّه من مالِ الكتابةِ . . فهل يعتقُ بالصفةِ ، ويثبتُ التراجعُ بينه وبين السيّدِ ؟

قالَ الشافعيُّ في «الإملاء» : (يعتقُ ويتراجعُ هوَ والسيّدُ ؛ لأنَّ الكتابةَ الفاسدةَ محمولةٌ على الصَّحيحةِ في العتقِ ، وفي الصَّحيحةِ : إذا أدَّى بعضُ العبيدِ . . عتقَ ، فكذلكَ في الكتابةِ الفاسدةِ) .

ومن أصحابنا مَنْ قالَ : لا يعتقُ .

قالَ أصحابنا : وهوَ الأقيسُ ؛ لأنَّ العتقَ بالكتابةِ الفاسدةِ يقعُ بالصفةِ ، والصفةُ لا توجدُ بأداءِ بعضهم .

(١) في نسختين : (جميعهم) .

فرعٌ : [يؤدي مَنْ عَتَقَ عن جماعة المكاتبين] :

وإن كاتب جماعة عبيد.. فإنه لا يجب أن يؤدي بعضهم عن بعض مال كتابته .

فإن أدَّى واحدٌ منهم عن صاحبه مال كتابته ، فإن كان بعد أن أدَّى المؤدِّي كتابة نفسه وعتق.. صحَّ . فإن كان بغير إذن المؤدِّي عنه.. لم يرجع عليه بشيء ؛ لأنه متطوِّعٌ عنه ، وإن كان بإذنه.. رجَّع عليه وكان ديناً على المؤدِّي عنه . وإن أدَّى عن غيره قبل أن يؤدي هو عن نفسه كتابة نفسه ، فإن لم يعلم المولى أنه يؤدي ذلك عن غيره ، كان أعتقَد أنه يؤدي ذلك من كسب المؤدِّي عنه.. لم يصحَّ الأداء عن المؤدِّي عنه ؛ لأنه إن كان بغير إذن المؤدِّي عنه.. فهو هبة منه له . وإن كان بإذنه.. فهو قرض له ، والقرض والهبة لا يصحَّان من مال المكاتب بغير إذن سيِّده .

وإن كان ذلك بعلم السيِّد ، بأن قال لسيِّده : هذا من كسبي أؤدِّيه عن صاحبي ، فقبضه المولى.. فهل يصحَّ ذلك عن المؤدِّي عنه ؟

إن قلنا : تصحُّ هبته بإذن المولى.. صحَّ هاهنا ، وإن قلنا : لا تصحُّ هبته بإذن المولى.. لم يصحَّ الأداء عن المؤدِّي عنه .

فعلى هذا : إن كان قد حلَّ على المؤدِّي عنه نجم.. قاصَّه به ، وإن لم يحلَّ عليه نجم.. قال ابن الصَّبَّاح : فإن شاء قاصَّه به ، وإن شاء طالبه به وأخذَه .

وقال غيره من أصحابنا : لا تصحُّ المقاصَّة إلا باتِّفاق الدَّيْنَيْنِ بالحلول أو التأجيل .

فعلى هذا : فإنه يأخذُه منه ليتصرَّف فيه إلى أن يحلَّ عليه نجم .

فإن لم يأخذُه من السيِّد حتَّى أدَّى المؤدِّي عن نفسه وعتق^(١).. فهل يقع ذلك عن المؤدِّي عنه ؟

ظاهر ما قاله الشافعي رحمه الله تعالى : أنه يقع عن المؤدِّي عنه ؛ لأنه إنما منع من الأداء عن غيره لرقِّه ، وقد زال رَقُّه.. فوقع عن المؤدِّي عنه .

(١) في حاشية نسخة : (وكان أدَّى قبل حلول الأجل) .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا يَقَعُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ الْأَدَاءُ فَاسِدًا . . فَلَا يَصِحُّ حَتَّى
يَتَبَدَّى إِذْنًا صَحِيحًا .

وَكُلُّ مَوْضِعٍ وَقَعَ الْأَدَاءُ عَنْ صَاحِبِهِ : فَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ الْمُؤَدِّي عَنْهُ . . كَانَ دَيْنًا عَلَيْهِ
لَهُ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ دَيْنِ الْقَرْضِ إِذَا اجْتَمَعَ مَعَ دَيْنِ الْكِتَابَةِ ، وَقَدْ مَضَى .
قَالَ الطَّبْرِيُّ فِي « الْعُدَّةِ » : وَلَوْ كَاتَبَ جَمَاعَةٌ عَبِيدَ لَهُ وَشَرَطُوا عَلَيْهِ ^(١) أَنْ يَكُونَ كُلُّ
وَاحِدٍ مِنْهُمْ ضَامِنًا عَنْ صَاحِبِهِ . . كَانَتِ الْكِتَابَةُ فَاسِدَةً قَوْلًا وَاحِدًا .

وبالله التوفيقُ

* * *

(١) في (م) : (وشرط عليهم) .

بابُ اختلافِ المولى والمكاتب

قال الشافعي رحمه الله تعالى : (وإن اختلف السيد والمكاتب . . تحالفا وترادّا) .

وجملة ذلك : أنَّ السيد والمكاتب إذا اختلفا . . نظرت :

فإن اختلفا في أصل الكتابة ، وأدعى العبد على مولاه أنه كاتبه وأنكر السيد ، فإن أقام العبد شاهدين ذكرين على الكتابة . . ثبتت الكتابة ، ولا يقبل فيه شاهد وأمرأتان ، ولا شاهد ويمين ؛ لأن المقصود إثبات العتق ، وذلك لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين .

وإن لم يكن معه بيّنة . . فالقول قول السيد مع يمينه ؛ لقوله ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي ، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » ، ولأن الأصل عدم الكتابة ، فكان القول قول من ينفيها .

وإن اتفقا على الكتابة ولكن اختلفا في قدر المال ، بأن قال السيد : كاتبك على ألفين إلى نجمين ، فقال المكاتب : بل كاتبني على ألف إلى نجمين ، أو اختلفا في مقدار الأجل ، بأن قال السيد : كاتبك على ألف في نجمين كل نجم إلى سنة ، فقال المكاتب : بل كاتبني على ألف في نجمين كل نجم إلى سنتين ، أو اختلفا في قدر النجوم ، بأن قال السيد : كاتبك على ألف في نجمين كل نجم إلى كذا ، وقال المكاتب : بل كاتبني على ألف في أربعة نجوم ، ولا بيّنة لواحد منهما . . فإنهما يتحالفاً على النفي والإثبات ، كتحالفي المتبايعين في قدر الثمن . وبه قال أبو يوسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة : (القول قول المكاتب) .

وعن أحمد ثلاث روايات :

إحداهن : كقولنا .

والثانية : كقول أبي حنيفة .

والثالثة : (القول قول السيد) .

دليلنا : أنهما اختلفا في عوض العتق القائم بينهما أو في صفته وليس مع أحدهما بينة ، فوجب أن يتحالفا كالمتبايعين . فإذا تحالفا . . نظرت :

فإن تحالفا قبل العتق ، فإن قلنا : إن المتبايعين إذا تحالفا أنفسخ البيع بنفس التحالف . . أنفسخت الكتابة بنفس التحالف ، ولا يعتق بعد ذلك بالأداء .

وإن قلنا : لا ينفسخ البيع بنفس التحالف ، فإن تراضى السيد والمكاتب على أحد العوضين . . لم تنفسخ الكتابة ، وإن لم يتراضيا على شيء . . فسخت الكتابة ، ومن يتولى فسحها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا تنفسخ إلا بالحاكم .

والثاني : لكل واحد منهما أن يفسحها ، كما قلنا في المتبايعين ^(١) .

وإن كان التحالف بعد العتق ، بأن دفع المكاتب إلى السيد ألفين ، فقال العبد : مال الكتابة من ذلك ألف ، وألف أودعتك ، وقال السيد : بل الألفان مال الكتابة . . فإنهما يتحالفاً ويعتق العبد لاتفاقهما على العتق ولا يرتفع العتق ؛ لأنه إذا وقع . . لم يرتفع ولكن يثبت للسيد الرجوع على العبد بقيمته ، ويثبت للعبد على السيد الرجوع بما دفع إليه . والكلام في المقاصة إذا أدّى ^(٢) الجميع من نقد البلد على الأقوال الأربعة .

مسألة : [قبول قول السيد بيمينه على عدم أهليته عند المكاتبه] :

وإن قال السيد : كاتبك وأنا مغلوب على عقلي أو محجور علي ، وأنكر العبد ، فإن كان قد عرف للسيد جنوناً أو حَجَرَ . . فالقول قول السيد مع يمينه ؛ لأن الأصل بقاءه على الجنون والحجر . وإن لم يعرف له ذلك . . فالقول قول العبد مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم الجنون والحجر .

(١) في نسخة : (المتعاقدين) .

(٢) في نسختين : (كان) .

فرع : [ثبوت المكاتب بشاهدين] :

وإن مات رجلٌ وخلفَ عبداً وأبنين فأدعى العبدُ أنَّ سيِّده قد كان كاتبه ، فإن صدَّقه الاثنان^(١) أو كذَّباه أو أحدهما ، وأقام العبدُ شاهدين ذكرين على الكتابة . . ثبتت الكتابة .

وإن أنكره ولا بيَّنة للعبد . . فالقول قول الابنين مع أيمانهما ؛ لأنَّ الأصل عدم الكتابة ، ويحلف كل واحدٍ منهما يمينا بالله : أنه لا يعلم أنَّ أباه كاتبه ؛ لأنها يمينٌ على نفي فعلٍ الغير .

وإن صدَّقه أحدهما أنَّ أباه كاتبه وأنكر الآخر ، فإن شهد المصدِّق له على الكتابة وكان عدلاً وشهد معه شاهدٌ ذكرٌ . . حُكِمَ للعبدِ بالكتابة في جميعه . وإن لم يكن المصدِّق عدلاً أو لم يشهد معه غيره . . فالقول قول المنكر مع يمينه : أنه لا يعلم أنَّ أباه كاتبه ، فإذا حلف له . . صار نصفه مملوكاً للمنكر ، ونصفه مكاتباً للمصدِّق . فإن قيل : أليس لو كاتب أحد الشريكين العبد في نصيبه بغير إذن شريكه . . لم تصح الكتابة ، وبإذنه على قولين ، فكيف صحَّت الكتابة هاهنا في نصفه ؟

فالجواب : أنه إذا كاتبه في نصيبه ابتداءً . . فقد قصد الإضرارَ بشريكه ، فلذلك لم يصح ، وهاهنا لم يقصد الإضرارَ بشريكه ، وإنما أخبر أنَّ أباه كاتبه ، فقيل خبره .

إذا ثبت هذا : فإنَّ الكسب يكون بين المكاتب وبين المكذب نصفين ، فإن اتَّفقا على المهايأة ويكون لكل واحدٍ منهما كسبٌ يوم ، أو على ترك المهايأة ثم يقتسمان ما حصل من كسبٍ . . جاز . وإن دعا أحدهما إلى المهايأة وأمتنع الآخر . . لم يُجبر الممتنع منهما .

وقال أبو حنيفة : (يُجبر) .

دليلنا : أنَّ المهايأة تؤدِّي إلى تأخير الحق عن حالة استحقاقه . . فلم يُجبر الممتنع منهما ، كما لو كان له دينٌ حالٌّ على رجلٍ . . فإنه لا يُجبر على تأخيره .

(١) في (م) : (الابنان) .

فَإِذَا قُسِمَ الْكَسْبُ بَيْنَهُمَا : إِمَّا مَهَايَاً أَوْ مَنَاصِفَةً ، فَإِنْ عَجَزَ الْمَكَاتِبُ عَنْ حَقِّ الْمَصْدُقِ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . . كَانَ لِلْمَصْدُقِ تَعْجِيزُهُ ، فَإِذَا عَجِزَهُ . . عَادَ نَصْفُهُ الْمَكَاتِبَ رَقِيقاً لَهُ ، وَأَخَذَ مَا بَقِيَ فِي يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ بَعْدَ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَكْذُوبَ قَدْ أَخَذَ حَقَّهُ مِنْ الْكَسْبِ .

فَأَمَّا مَا أَكْتَسَبَهُ قَبْلَ الْكِتَابَةِ . . فَإِنَّهُ بَيْنَ الْإِبْنَيْنِ نَصْفَانِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَمْلُوكاً^(١) لِأَبِيهِمَا ، وَأَنْتَقَلَ إِلَيْهِمَا بِالْإِرْثِ .

فَإِنْ اأَخْتَلَفَا فِي شَيْءٍ مِنَ الْكَسْبِ ، فَقَالَ الْمَكْذُوبُ : هَذَا كَسَبَهُ قَبْلَ الْكِتَابَةِ فَهُوَ بَيْنُنَا ، وَقَالَ الْمَصْدُقُ : بَلْ كَسَبَهُ بَعْدَ الْكِتَابَةِ وَقَدْ أَخَذْتَ حَقَّكَ مِنْهُ وَبَاقِيهِ لِي . . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَصْدُقِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَكْذُوبَ يَدَّعِي أَنَّهُ كَانَ موجوداً قَبْلَ الْكِتَابَةِ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ وُجُودِهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ ، وَلِأَنَّ السَّيِّدَ لَوْ اأَخْتَلَفَ هُوَ وَالْمَكَاتِبُ فِي ذَلِكَ . . لَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَكَاتِبِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ وَالْمَصْدُقُ هَاهُنَا قَائِمٌ مَقَامَ الْمَكَاتِبِ .

وَإِنْ أَدَّى إِلَى الْمَصْدُقِ نَصْفَ مَالِ الْكِتَابَةِ . . عَتَقَ نَصْفَهُ ، وَكَانَ نَصْفُهُ مَمْلُوكاً لِلْمَنْكِرِ ، وَلَا يَقْوَمُ نَصِيبُ الْمَنْكِرِ^(٢) عَلَى الْمَصْدُقِ وَإِنْ كَانَ مُوسِراً ؛ لِأَنَّ التَّقْوِيمَ إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى مَنْ بَاشَرَ الْعَتَقَ أَوْ وُجِدَ مِنْهُ سَبَبُ الْعَتَقِ ، وَالْمَصْدُقُ لَمْ يَبَاشِرِ الْعَتَقَ وَلَا وُجِدَ مِنْهُ سَبَبُهُ وَإِنَّمَا أَخْبَرَ بِكِتَابَةِ أَبِيهِ ، وَلِمَنْ يَكُونُ وَلَاءُ هَذَا النِّصْفِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَكُونُ بَيْنَ الْإِثْنَيْنِ نَصْفَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ بِسَبَبِ كَانَ مِنْ أَبِيهِمَا ، وَيُثْبِتُ لَهُ عَلَيْهِ الْوَلَاءُ ، فَانْتَقَلَ إِلَيْهِمَا .

وَالثَّانِي : يَكُونُ لِلْإِبْنِ الْمَصْدُقِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَنْكِرَ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنَ الْوَلَاءِ بِإِنْكَارِهِ فَهُوَ كَمَا لَوْ شَهِدَ شَاهِدٌ لِأَبِيهِمَا بَدَيْنِ عَلَى رَجُلٍ فَحَلَفَ أَحَدُهُمَا مَعَهُ دُونَ الثَّانِي فَإِنَّ لِلْحَالِفِ نَصْفَ الدِّينِ .

(١) فِي (م) : (مَلَكاً) .

(٢) فِي (م) : (الْمَكْذُوبُ) .

مسألة : [ادعاء المكاتب دفع مال الكتابة أو الإبراء] :

وإن ادَّعى المكاتبُ أَنَّهُ دفعَ مالَ الكتابةِ إلى السيِّدِ ، أو ادَّعى أَنَّ سيِّدَهُ أبرأه من مالِ الكتابةِ ، فإنكَرَ السيِّدُ القبضَ ، أو البراءةَ ، أو قالَ المكاتبُ : وَضَعْتَ عَنِّي النَجْمَ الأوَّلَ ، فقالَ السيِّدُ : بَلْ وَضَعْتُ النَجْمَ الأخيرَ ، فَإِنْ كَانَ مَعَ المكاتبِ بَيْنُهُمَا ادِّعَاؤُهُ . . حُكْمٌ لَهُ بِمَا ادِّعَاهُ ؛ لِأَنَّ البَيِّنَةَ أَقْوَى مِنَ اليمينِ وَيُقْبَلُ فِي ذَلِكَ شَاهِدَانِ ، وشاهدٌ وأمرأتانِ ، وشاهدٌ ويمينٌ ؛ لِأَنَّهُ بَيْنُهُ عَلَى الْمَالِ .

وإنَّ لَمْ يَكُنْ مَعَ المكاتبِ بَيِّنَةٌ . . فالقولُ قولُ السيِّدِ مَعَ يمينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مَا ادِّعَاهُ الْمَكَاتِبُ وَأَشْتَغَالُ ذِمَّتِهِ بِمَالِ الْكِتَابَةِ .

فرع : [كاتبه على دنانير وأبراه من دراهم] :

وإنَّ كَاتِبَهُ عَلَى أَلْفِ دِينَارٍ ، فَأَبْرأَهُ عَنْ أَلْفِ دِرْهَمٍ . . لَمْ تَصَحَّ الْبِرَاءَةُ ؛ لِأَنَّهُ أَبْرأَهُ عَمَّا لَا يَسْتَحِقُّهُ عَلَيْهِ ، فَصَارَ وَجُودُ هَذَا الْإِبْرَاءِ كَعَدَمِهِ .

فإنَّ قَالَ السيِّدُ : أَرَدْتُ عَنْ قِيَمَةِ أَلْفِ دِرْهَمٍ مِنَ الدنانيرِ التي عليه . . صحَّ وبرئت ذِمَّتُهُ عَنْ قِيَمَةِ أَلْفِ دِرْهَمٍ مِنَ الدنانيرِ ؛ لِأَنَّهُ فَسَّرَ إِبْرَاءَهُ بِمَا يَحْتَمِلُهُ ، فَقُبِلَ مِنْهُ .

فإنَّ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ الْمَكَاتِبُ : أَبْرَأْتَنِي مِنْ أَلْفِ دِرْهَمٍ وَأَرَدْتُ عَنْ قِيَمَتِهَا مِنَ الدنانيرِ ، وَقَالَ السيِّدُ : لَمْ أَرُدْ ذَلِكَ . . فالقولُ قولُ السيِّدِ مَعَ يمينِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِمَا أَرَادَ . فَإِنْ نَكَلَ عَنِ اليمينِ . . حَلَفَ الْمَكَاتِبُ أَنَّهُ أَرَادَ ذَلِكَ .

وإنَّ اخْتَلَفَ الْمَكَاتِبُ وَوَرِثَةُ السيِّدِ فيما أَرَادَ السيِّدُ مِنْ ذَلِكَ . . حَلَفَ الْوَرِثَةُ أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ أَنَّ مَوْرَثَهُمْ أَرَادَ ذَلِكَ .

مسألة : [علّق إقراره بالقبض بالمشيئة] :

قالَ الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى : (وَلَوْ قَالَ : قَدْ اسْتَوْفَيْتُ آخِرَ كِتَابَتِكَ إِنْ شَاءَ اللهُ أَوْ إِنْ شَاءَ فَلَانٌ . . لَمْ يَجْزْ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِثْنَاءٌ) .

وجملةُ ذَلِكَ : أَنَّ السيِّدَ إِذَا قَالَ : قَدْ اسْتَوْفَيْتُ آخِرَ نَجْوَمِكَ أَوْ جَمِيعَ مَالِ الْكِتَابَةِ إِنْ

شاء الله أو إن شاء فلان . . لم يكن إقراراً ؛ لأنَّ الاستثناء يمنع الإقرار كما يمنع الطلاق والعناق ؛ لأنه يحتمل أن يريد بذلك : سأستوفي إن شاء الله ؛ لأنَّ الاستثناء يدخل في الأفعال المستقبلية دون الماضية .

وإن قال : قبضت مال الكتابة إن شاء زيد . . لم يصحَّ الإقرار ؛ لأنه علقه بشرط ، والقبض لا يصحَّ تعليقه بشرط ، وقول الشافعي رحمه الله تعالى : (إن شاء الله أو إن شاء فلان) . . لم يجز ؛ لأنه استثناء يرجع إلى مشيئة الله تعالى ، وأمّا مشيئة فلان فهي صفة .

وإن قال السيّد : أستوفيت ، أو قال المكاتب : أليس قد أستوفيت أو وفيتك ، فقال السيّد : بلى ، ثمَّ اختلفا فأدعى المكاتب أنَّه أستوفى جميع مال الكتابة ، وقال السيّد : بلى أستوفيت البعض . . فالقول قول السيّد مع يمينه ؛ لأنَّ الاستيفاء^(١) لا يقتضي الجميع .

وإن قال السيّد : أستوفيت آخر كتابتك . . فليس هذا إقراراً بأستيفاء جميع مال الكتابة ؛ لأنه يحتمل ذلك ، ويحتمل أنه يريد : أستوفيت آخر ما حلَّ عليك دون ما قبله ، فيرجع في تفسير ذلك إلى السيّد ، فإن ادعى المكاتب أنه أراد بذلك جميع مال الكتابة ، وقال السيّد : بل أردت النجم الأخير دون ما قبله . . فالقول قول السيّد مع يمينه ؛ لأنه أعلم بما أراد .

مسألة : [يوقف ولد المكاتب حتى يُعرف وقت ولادته] :

وإن كان مع المكاتب ولدٌ ، فقالت : ولدته بعد الكتابة فهو موقوف معي - إذا قلنا : ولدها موقوف معها - وقال السيّد : بل ولدته قبل الكتابة فهو ملك لي . . فالقول قول السيّد مع يمينه ؛ لأنَّ هذا اختلاف في وقت الكتابة ، فالسيّد يقول : كان العقد بعد الولادة ، والمكاتب تقول : بل كان العقد قبل الولادة ، ولو اختلفا في أصل العقد . . لكان القول قول السيّد فكذلك إذا اختلفا في وقته .

فرع : [شراء المكاتب زوجته الأمة] :

وإن كاتب رجل عبداً له ثم زوجته بأمته ، ثم باع السيد الأمة من المكاتب . فإن النكاح يفسخ .

وقال أبو حنيفة : (لا يفسخ ؛ لأنه لا يملكها ، بدليل : أنه إذا اشترى أمة . لم يملك وطأها) .

دللنا : أن المكاتب يملك^(١) ما اشتراه ، بدليل : أنه إذا اشترى شقصاً من دار ، ثم اشترى السيد شقصاً فيه^(٢) . ثبت للمكاتب الشفعة فيما اشتراه مولاه ، فأنفسخ نكاحه ، كالحر إذا ملك زوجته .

وأما منع المكاتب من وطئها : فلا يدل على أنه لا يملكها ، بدليل : أن الرهن يمنع من وطئ أمته المرهونة وإن كان مالكة .

إذا ثبت هذا : فإن أنت هذه الجارية بولد ، فأختلف السيد والمكاتب فيه ، فقال السيد : أنت به قبل أن أبيعها منك فهو ملك لي ، وقال المكاتب : بل أنت به بعد ما اشتريتها فهو ملك لي . فالقول قول المكاتب مع يمينه ؛ لأنهما اختلفا في ملكه ، ويد المكاتب عليه ، فكان القول قوله ، كسائر الأملاك . ويفارق المكاتب ، فإنها لا تدعي ملك ولدها .

مسألة : [إقرار السيد استيفاء ما على أحد مكاتبته] :

قال الشافعي رحمه الله تعالى : (ولو قال السيد : قد استوفيت ما على أحد مكاتبتي . أفرع بينهما) .

وجملة ذلك : أنه إذا كاتب عبيد له بعقدين أو بعقد - وقلنا : إنه يصح - ثم أقر السيد أن أحدهما قد أدى إليه جميع مال الكتابة ، أو أنه قد أبرأه من جميع مال الكتابة ،

(١) في حاشية نسخة : (ظاهرة أنه يملك ملك ثبات وليس كذلك ، بل هو موقوف على عتقه) .

(٢) في (م) : (منه) .

وقال : لا أعلم عينه منهما . . فما دام حياً لا يُقرَع بينهما ، ولكن يقال له : تذكَرِ الذي أدَّى منهما أو الذي أبرأته منهما ؛ لأنَّ ذلك أقوى مِنَ القرعة ، فإنَّ تذكَرَ وقال : هذا الذي أدَّى إليَّ مالَ الكتابة ، أو هذا الذي أبرأته . . حُكِمَ بعقده .

فإن صدَّق الآخر السيّد أنه لم يؤدِّ أو أنه لم يُبرئه . . كان باقياً على كتابته .

وإن قال الآخر : أنا الذي أدَّى مالَ كتابته ، أو أنا الذي أبرأته ، فإن صدَّقه السيّد . . حُكِمَ بعقده أيضاً مع الأوّل ، وإن كذَّبه ولا بيّنة للثاني . . فالقول قولُ السيّد مع يمينه : أنه لم يؤدِّ إليه أو أنه لم يُبرئه ، لأنَّ الأصل بقاء المال في ذمّته . فإذا حلف له السيّد . . بقي على كتابته ، وإن نكل السيّد . . حلف المكاتب وعق أيضاً .

وإن مات المولى قبل أن يبيّن . . فقد قال الشافعي رحمه الله تعالى في « المختصر » : (يُقرَع بينهما) وقال في موضع آخر : (لا يُقرَع بينهما) فحصل فيها قولان :

أحدهما : يُقرَع بينهما ، فمن خرج له سهم الحرّية . . عتق ؛ لأنَّ الحرّية تعيّن لأحدهما وأشكّل عينه ^(١) ولا يمكن التمييز إلا بالقرعة . قال المحاملي : فعلى هذا : إن ادّعى الآخر على الورثة أنه هو الذي أدَّى مالَ كتابته أو أبرأه السيّد . . حلف الورثة : أنهم لا يعلمون أنه قد أدَّى مالَ كتابته ، أو أن مورّثهم أبرأه .

والقول الثاني : أنه لا يُقرَع بينهما ؛ لأنّه لا يؤمّن أن يخرج سهم الحرّية للذي لم يؤدِّ فيزق المعتق ، ولكن يرجع إلى بيان الوارث ، فيقال للوارث : أتعلّم الذي أدَّى أو أبرىء ؟ فإن قال : نعم . . قيل له : عينه ، فإذا عيّن أحدهما . . حُكِمَ بعقده .

فإن قال الآخر : بل أنا الذي أدَّى مالَ كتابته أو أبرأه السيّد . . حلف الوارث أنه لا يعلم أنه الذي أدَّى أو أبرىء ، وبقي على الكتابة .

وإن قال الوارث : لا أعلم عين المؤدّي أو المُبرأ ، فإن صدَّقه المكاتبان أنه لا يعلم . . بقيا على الكتابة ، وإن كذَّباه وأدّعا علمه بالمؤدّي منهما أو بالمُبرأ . . حلف لكل واحد منهما يميناً وبقياً على الكتابة .

(١) في نسخة : (عليه) .

قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : قَالَ أَصْحَابُنَا : وَيُؤَدَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَمِيعَ مَالِ كِتَابَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ أَداءُ أَحَدِهِمَا . قَالَ : وَعِنْدِي : أَنَّهُمَا إِذَا قَالَا : نُوَدِّي مَا عَلَى أَحَدِنَا إِنْ كَانَتْ كِتَابَتُهُمَا سَوَاءً ، أَوْ كَانَتْ كِتَابَةُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ فَقَالَا : نُوَدِّي كِتَابَةَ أَكْثَرِنَا كِتَابَةً لِنَعْتَقَ . . كَانَ لَهُمَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمَا إِذَا أَدَّيَا ذَلِكَ . . فَقَدْ أَدَّيَا جَمِيعَ مَا عَلَيْهِمَا بَيَقِينِ .

مَسْأَلَةٌ : [مَكَاتِبَةُ ثَلَاثَةِ بَعْدَ عَلَى مِئَةِ] :

وَإِنْ كَاتَبَ رَجُلٌ ثَلَاثَةَ أَعْبِدَ لَهُ عَلَى مِئَةِ دَرَاهِمٍ بَعْدَ وَاحِدٍ ، وَقِيمَةُ أَحَدِهِمْ مِئَةُ وَقِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرِينَ خَمْسُونَ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْكِتَابَةَ بَاطِلَةٌ . . فَلَا كَلَامَ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهَا صَحِيحَةٌ . . فَسُمِّتِ الْمِئَةُ الْمَسْمُوءَةُ عَلَيْهِمْ عَلَى قَدْرِ قِيمَتِهِمْ ، فَيَكُونُ عَلَى مَنْ قِيمَتُهُ مِئَةٌ : خَمْسُونَ ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرِينَ : خَمْسَةٌ وَعَشْرُونَ .

فَعَلِيْ هَذَا : إِنْ أَدَّى الْعَبِيدُ الثَّلَاثَةُ مِئَةَ مِنْ أَيْدِيهِمْ إِلَى السَّيِّدِ ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَبْدِينَ لِلَّذِينَ قِيمَتُهُمَا مِئَةٌ : أَدَيْنَاهَا أَثْلَاثًا بَيْنَنَا ، فَأَدَيْتَ أَنْتَ ثَلَاثَةً وَثَلَاثِينَ وَثُلَاثًا وَبَقِيَ عَلَيْكَ بَاقِي^(١) كِتَابَتِكَ فَلَمْ تَعْتَقْ ، وَأَدَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِّنَا ثَلَاثَةً وَثَلَاثِينَ وَثُلَاثًا ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِّنَا خَمْسَةٌ وَعَشْرُونَ . . فَقَدْ عَتَقْنَا نَحْنُ ، وَبَقِيَ مَا زَادَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنَا وَدِيعَةٌ عِنْدَ^(٢) السَّيِّدِ ، أَوْ أَدَيْنَا ذَلِكَ عَنْكَ بِإِذْنِكَ فَهَوَّ دَيْنٌ عَلَيْكَ لَنَا . وَقَالَ مَنْ كَثُرَتْ قِيمَتُهُ : بَلْ أَدَيْنَاهَا عَلَى قَدْرِ مَا عَلَيْنَا مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، فَأَدَيْتُ أَنَا خَمْسِينَ وَعَتَقْتُ ، وَأَدَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْكُمَا خَمْسَةً وَعَشْرِينَ وَعَتَقَ :

فَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي مَوْضِعٍ : (الْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ قَلَّتْ قِيمَتُهُ) .

وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ مِنَ « الْأُمِّ » : (إِذَا أَدَّوْا سِتِّينَ دِينَارًا ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا ، فَقَالَ مَنْ قَلَّتْ قِيمَتُهُ : أَدَيْنَاهَا عَلَى الْعَدَدِ أَثْلَاثًا ، وَقَالَ مَنْ كَثُرَتْ قِيمَتُهُ : أَدَيْنَاهَا عَلَى قَدْرِ مَا عَلَيْنَا مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . . فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ كَثُرَتْ قِيمَتُهُ) .

(١) فِي (م) : (تَمَام) .

(٢) فِي (م) : (قِيلَ) .

وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهَا عَلَى طَرِيقَيْنِ :

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهَا قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّ أَيْدِيَهُمْ عَلَى الْمَالِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّ أَمْلَاكَهُمْ مَتَسَاوِيَةٌ فِيهِ .

وَالثَّانِي : أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مَنْ كَثُرَتْ قِيَمَتُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَنَّهُ لَا يُوَدِّي أَكْثَرَ مِمَّا عَلَيْهِ ، وَمَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ يَدَّعِي أَنَّهُ أَكْثَرُ مِمَّا عَلَيْهِ ، وَهَذَا مُخَالَفٌ لِلظَّاهِرِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَيْسَتْ عَلَى قَوْلَيْنِ ، وَإِنَّمَا هِيَ عَلَى اخْتِلَافِ حَالَيْنِ :

فَالْمَوْضِعُ الَّذِي قَالَ : (الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ) أَرَادَ بِهِ : إِذَا أَدَا أَقَلَّ مِمَّا عَلَيْهِمْ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ ، مِثْلَ : أَنْ يُوَدِّدَا سَتِينَ وَعَلَيْهِمْ مِئَةٌ ؛ لِأَنَّ مَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ . . لَمْ يُوَدِّ أَكْثَرَ مِمَّا عَلَيْهِ ، فَلَا تَخَالَفُ دَعْوَاهُ الظَّاهِرَ ، وَيَدُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى ثُلُثِ الْمَالِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ .

وَالْمَوْضِعُ الَّذِي قَالَ : (الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ كَثُرَتْ قِيَمَتُهُ) أَرَادَ بِهِ : إِذَا أَدَا جَمِيعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ مَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ هَاهُنَا . . يَدَّعِي أَنَّهُ أَكْثَرُ مِمَّا عَلَيْهِ ، فَكَانَتْ دَعْوَاهُ تَخَالَفُ الظَّاهِرَ ، فَلَمْ يَقْبَلْ .

مَسْأَلَةٌ : [أَدْعَاءُ الْمَكَاتِبِ تَأْدِيَةُ الْكِتَابَةِ لِسَيِّدِهِ] :

وَإِنْ كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ نَصَفَيْنِ فَكَاتِبَاهُ كِتَابَةٌ صَحِيحَةٌ ، ثُمَّ أَدَّعَى الْمَكَاتِبُ أَنَّهُ أَدَّى إِلَيْهِمَا مَالَ الْكِتَابَةِ . . ففِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ :

إِحْدَاهُنَّ : إِذَا كَاتِبَاهُ عَلَى أَلْفٍ ، فَأَدَّعَى الْمَكَاتِبُ أَنَّهُ أَدَّى إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسَ مِئَةٍ ، فَإِنْ صَدَّقَاهُ . . عَتَقَ ، وَإِنْ كَذَّبَاهُ وَلَا بَيِّنَةَ لِلْمَكَاتِبِ . . حَلَفَ لَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَمِينًا وَبَقِيَ عَلَى الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ صَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ . . عَتَقَ نَصِيبُ الْمَصْدُقِ .

وَلَا يَقْبَلُ شَهَادَةُ الْمَصْدُقِ عَلَى الْمُنْكَرِ ؛ لِأَنَّهُ يَدْفَعُ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ عَنْ نَفْسِهِ غُرْمًا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَ الْمَكَاتِبِ بَيِّنَةٌ . . حَلَفَ لَهُ الْمُنْكَرُ : أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ مِنْهُ نَصِيبَهُ مِنَ الْكِتَابَةِ ،

وبقي نصيبه على الكتابة ، ويكون المنكر بالخيار : بين أن يطالب المكاتب بخمس منه ؛ لأنه قد ثبت أنه ما قبض شيئاً منها ، وبين أن يرجع على شريكه المصدق بمئتين وخمسين - وهو نصف ما قبض - لأن كسب المكاتب مشترك بين سيده ، فلا يجوز أن يخص أحدهما بشيء منه ، ويرجع على المكاتب بمئتين وخمسين ؛ لأنه لم يثبت أنه قبض منه شيئاً من الكتابة .

فإذا حصل للمنكر الخمس منه ، إما من المكاتب وإما من المكاتب ومن المصدق . . عتق نصيبه ، ولا يرجع المكاتب على المصدق بما أخذه منه المنكر ، وكذلك لا يرجع المصدق على المكاتب بما أخذه منه المنكر ؛ لأن كل واحد منهما يقر أن الذي ظلمه هو المنكر ، فلا يرجع على غير من ظلمه .

فإن قيل : فالمكذب منكر لقبض المصدق نصيبه . . فكيف يرجع عليه ؟

قلنا : إقرار المصدق يوجب له الرجوع عليه ، وإنكاره لا يمنعه من الرجوع ؛ لجواز أن يكون المصدق قبض بغير علم المنكر .

فإن عجز المكاتب عما لزمه أداؤه إلى المنكر . . كان له تعجيله فإذا عجزه . . عاد نصفه رقيقاً له ، ونصفه قد عتق بإقرار المصدق ، ويكون ما بقي في يد المكاتب من الكسب بينه وبين المنكر نصفين .

قال الشافعي رحمه الله : (ولا يقوم نصيب المنكر هاهنا على المصدق ؛ لأن التقويم لحظ العبد لتكميل أحكامه ، والعبد يزعم أنه حر ، وإنما أسترقت المنكر نصفه ظلماً) .

المسألة الثانية : إذا قال المكاتب لأحد الشريكين : دفعت إليك جميع الألف لتأخذ نصفها لك وتدفع إلى شريكك نصفها ، فقال الذي أَدْعَى عليه المكاتب : لم تدفع إلي جميع الألف ، وإنما دفعت إلي نصف الألف وإلى شريكي نصف الألف ، فقال الشريك : ما دفع إلي شيئاً . . فيعتق نصيب الذي أقر أنه قبض نصف الألف ، ويحلف للمكاتب : أنه ما قبض منه إلا خمس منه ، ولا تقبل شهادته على شريكه ؛ لأن المكاتب لا يدعي عليه أنه قبض ، ولأنه يدفع بهذه الشهادة عن نفسه غمماً ، ولا يمين

على الشريك الذي لم يدع عليه المكاتب ، للمكاتب ؛ لأنه لا يدعي أنه أقبضه شيئاً ،
فبقي نصيبه على الكتابة : ويكون بالخيار : بين أن يرجع على المكاتب بخمس مئة ،
وبين أن يرجع عليه بمئتين وخمسين وعلى شريكه المقر بمئتين وخمسين ؛ لأن الخمس
المئة التي أقر بقبضها من كسب العبد وكسبه بينهما .

قال ابن الصبّاغ : وللمصدق أن يحلف المنكر : أنه لم يقبض من المكاتب خمس
مئة ؛ لجواز أن يخاف ، فيقرّ ، فيسقط رجوعه عليه .

فإذا رجع المنكر على المكاتب أو على المصدق .. لم يرجع أحدهما على الآخر
بذلك ؛ لأن المصدق يعترف : أن المنكر ظالم له ، فلا يرجع على غير من ظلمه ،
والمكاتب ما ثبت أنه دفع إلى المصدق شيئاً ، فيرجع به عليه .

فإذا حصل للمنكر خمس مئة من المكاتب أو منهما .. عتق نصيبه .

وإن عجز المكاتب عما لزمه أدأؤه إلى المنكر .. كان له تعجيله ، فإذا عجزه .. عاد
نصفه رقيقاً له ، ونصفه قد عتق على المصدق .

قال الشافعي رحمه الله : (ويقوم على المقر نصيب المنكر ؛ لأن المكاتب يقول :
أنا أستحق التقويم ؛ لأن نصفي مملوك) .

ومن أصحابنا من نقل جواب الأولى إلى هذه وجواب هذه إلى الأولى ، وجعل
فيهما قولين ، وليس بشيء .

المسألة الثالثة : إذا قال المكاتب لأحد الشريكين : قد دفعت إليك الألف كلها
لتأخذ نصفها وتدفع إلى شريكك نصفها ، فقال هذا الذي ادّعى عليه المكاتب :
نعم ، قد قبضت الألف ودفعت إلى شريكي نصفها ، فقال الشريك : ما دفعت إليّ
شيئاً . عتق نصيب المقر ؛ لأنه أقر أنه أستوفى مال كتابته ، فإن لم تكن بينة على
المنكر .. فالقول قوله مع يمينه ، فإذا حلف .. بقي حقه مكاتباً ، ويكون بالخيار ..
بين أن يطالب المكاتب بخمس مئة ؛ لأن حقه في الأصل عليه ، وبين أن يطالب
المقر بخمس مئة ؛ لأنه أقر بقبضها . فإذا أخذ حقه من أيهما كان .. عتق نصيبه ، ثم
ينظر :

فَإِنْ رَجَعَ الْمُنْكَرُ عَلَى الْمَكَاتِبِ بِخَمْسٍ مِثْقَةٍ . . . كَانَ لِلْمَكَاتِبِ الرَّجُوعُ عَلَى الْمُقَرِّ بِخَمْسٍ مِثْقَةٍ ، سِوَاءَ صَدَقَهُ عَلَى الدَّفْعِ إِلَى شَرِيكِهِ أَوْ كَذَّبَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ : كَانَ مِنَ الْوَاجِبِ عَلَيْكَ أَنْ تَدْفَعَ إِلَيْهِ وَتُشْهَدَ لِيَكُونَ دَفْعاً مُبَرِّئاً ، فَإِذَا لَمْ تُشْهَدْ . . . فَقَدْ فَرَطْتَ .

وَأِنْ رَجَعَ الْمُنْكَرُ عَلَى الْمُقَرِّ . . . لَمْ يَرْجِعِ الْمُقَرُّ عَلَى الْمَكَاتِبِ ؛ لِأَنَّهُ يَقْرَأُ أَنَّ شَرِيكَهُ ظَلَمَهُ ، فَلَا يَرْجِعُ عَلَى غَيْرِ مَنْ ظَلَمَهُ . وَإِنْ عَجَزَ الْمَكَاتِبُ عَنِ الْأَدَاءِ . . . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَهَذَا بَعِيدٌ ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْمُقَرِّ خَمْسَ مِثْقَةٍ وَيُؤَدِّيَهَا فِي مَالِ الْكِتَابَةِ ، وَلَكِنَّهُ إِنْ لَمْ يَخْتَرْ ذَلِكَ . . . لَمْ يُجْبِزْهُ الْمُنْكَرُ عَلَى مَطَالِبَةِ الْمُقَرِّ ، وَلِلْمُنْكَرِ أَنْ يُعْجِزَهُ ، فَإِذَا عَجِزَهُ . . . عَادَ نَصْفُهُ رَقِيقاً لَهُ ، وَيَرْجِعُ الْمُنْكَرُ عَلَى الْمُقَرِّ بِخَمْسٍ مِثْقَةٍ ، وَهُوَ نَصْفُ مَا أَفَرَّ بِقَبْضِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنَ كَسْبِ الْمَكَاتِبِ .

قَالَ عَامَّةُ أَصْحَابِنَا : وَيَقُومُ نَصِيبُ الْمُنْكَرِ عَلَى الْمُقَرِّ .

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : إِنْ كَانَ الْمَكَاتِبُ لَمْ يَصْدُقِ الْمُقَرُّ فِي دَفْعِ خَمْسٍ مِثْقَةٍ إِلَى الْمُنْكَرِ . . . قَوْمٌ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَقْرَأُ أَنَّ نَصْفَهُ مَمْلُوكٌ ، وَإِنْ صَدَقَهُ أَنَّهُ دَفَعَ إِلَيْهِ خَمْسَ مِثْقَةٍ . . . لَمْ يَقُومْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَرِفُ أَنَّهُ حُرٌّ وَأَنَّ أَحْكَامَهُ كَمُلَّتْ ، وَأَنَّ الْمُنْكَرَ مُسْتَرَقٌّ لِنَصْفِهِ ظُلْماً .

فَرَعٌ : [تَرْوِجُ السَّيِّدِ ابْنَتَهُ مِنْ مَكَاتِبِهِ] :

إِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ مِنْ مَكَاتِبِهِ بِرِضَاهَا . . . صَحَّ النِّكَاحُ ، وَإِنَّمَا أَعْتَبِرَ رِضَاهَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِكَفٍّ لَهَا .

فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ أَنْ يَعْتَقَ الْمَكَاتِبَ ، فَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ وَارِثَةٍ لِأَيِّهَا ، بَأَنَّ كَانَتْ قَاتِلَةً أَوْ ذَمِيَّةً . . . فَإِنَّ النِّكَاحَ بِحَالِهِ ، وَإِنْ وَرِثَتْ أَبَاهَا . . . أَنْفَسَخَ نِكَاحُهَا . وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : (لَا يَنْفَسَخُ النِّكَاحُ) .

دَلِيلُنَا : أَنَّ الْمَكَاتِبَ عَبْدٌ قَبْلَ الْأَدَاءِ وَقَدْ مَلَكَتْ شَيْئاً مِنْهُ . . . فَأَنْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، كَمَا لَوْ كَانَ زَوْجُهَا غَيْرَ مَكَاتِبٍ ، فَمَلَكَتْهُ أَوْ مَلَكَتْ شَيْئاً مِنْهُ .

فرعٌ : [تدفع الكتابة لورثة السيد أو للوصي] :

وإن كاتب الرجل عبداً له ومات السيد قبل أن يؤدّي المكاتب ، فإن كان وارث السيد واحداً رشيداً . . دفع المكاتب المال إليه ، وإن كان وارثه اثنين رشيدين . . لم يعتق المكاتب حتى يدفع إلى كل واحد منهما نصيبه .

وإن ورث السيد من ليس برشيد . . لم يعتق المكاتب حتى يدفع مال الكتابة إلى الناظر في أمر الوارث ، من جد أو وصي أو حاكم أو أمين الحاكم .

وإن أوصى السيد بمال الكتابة لرجل معين أو لقوم معينين . . قال المحاملي : جاز للمكاتب أن يدفع مال الكتابة للموصى له المعين ، ويجوز أن يدفعه إلى وصي الميت أو إلى وارثه ؛ لأن للوارث والوصي أن يتوليا إيصال الوصايا إلى مستحقها .

وإن وصى به المولى لقوم موصوفين غير معينين ، كالفقراء والمساكين . . لم يبرأ المكاتب بدفعه إليهم ، بل يدفعه إلى الوصي^(١) ليتولى تفرقة .

وإن أوصى المولى أن يقضى دينه من مال الكتابة ، فإن كان الدين لرجل معين . . فالأولى أن يدفعه إليه . وإن دفعه إلى الوصي أو إلى الوارث . . جاز . وإن لم يوص به ، بل^(٢) كان عليه دين يحيط بماله . . فلا يجوز للمكاتب أن يدفع إليه المال إلا بحضور الوارث والوصي . فإن دفعه إلى أحدهما . . لم يبرأ ؛ لأن لكل واحد منهما فيه حقاً ، فحق الوارث : أن يأخذه ويقضي الدين من عنده^(٣) ، وللوصي حق ، وهو : منع الورثة من التصرف في التركة حتى يقضي الدين .

والله أعلم بالصواب ، وبالله التوفيق

* * *

(١) في نسختين : (الموصي) .

(٢) لعلها بمعنى (أو) .

(٣) في نسختين : (غيره) .

کتاب عنق لمہات لاولاد

ان البنيان البنيان البنيان البنيان

ان البنيان البنيان البنيان البنيان

ان البنيان البنيان البنيان البنيان

ان البنيان البنيان البنيان البنيان

ان البنيان البنيان البنيان البنيان

ان البنيان البنيان البنيان البنيان

ان البنيان البنيان البنيان البنيان

ان البنيان البنيان البنيان البنيان

كتاب عتق أمهات الأولاد^(١)

إِذَا عَلِقَتِ الْأُمُّ مِنْ سَيِّدِهَا بَحْرًا فِي مَلِكِهِ . . ثَبَتَ لَهَا حَكْمُ الْإِسْتِيلَادِ .
وَقَالَ الْمَزْنِيُّ : قَطَعَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي خَمْسَةِ عَشَرَ كِتَابًا بَعْتِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ،
وَوَقَفَ فِي غَيْرِهَا .

فَقَالَ الْبَغْدَادِيُّونَ مِنْ أَصْحَابِنَا : لَا يَخْتَلِفُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : (أَنَّهُ
لَا يَجُوزُ بَيْعُ أُمِّ الْوَلَدِ وَلَا هِبَتُهَا ، وَلَا تَوَرُّتُ عَنْهُ ، بَلْ تَعْتَقُ عَنْهُ بِمَوْتِهِ مِنْ رَأْسِ
الْمَالِ) . وَبِهِ قَالَ عُمَرُ وَعِثْمَانُ وَعَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، وَهُوَ قَوْلُ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ .
وَأَمَّا تَوْقُفُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَنْ بَيْعِهَا . . فَإِنَّمَا ذَلِكَ لِيَنْبَغَ عَلَى أَنَّ فِي بَيْعِهَا
خِلَافًا .

وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، وَأَبْنِ عَبَّاسٍ ، وَأَبْنِ الزَّبِيرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ : أَنَّهُمْ قَالُوا : (يَجُوزُ
بَيْعُهَا) . وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ وَالشَّيْخَةُ .

(١) أُمُّ الْوَلَدِ : هِيَ الَّتِي وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فِي مَلِكِهِ وَلَا خِلَافَ فِي إِبَاحَةِ التَّسْرِي وَوُطْءِ الْإِمَاءِ لِقَوْلِهِ
جَلَّ ثَنَاؤُهُ : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأَعْقَابِهِمْ حَافِظُونَ ﴾ إِلَّا عَلَى أَنْزِلِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ
مَلُومِينَ ﴾ [المؤمنون : ٥ - ٦] . وَقَدْ كَانَتْ مَارِيَةُ الْقُبَيْطِيَّةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أُمًّا لِإِبْرَاهِيمَ وَلَدِ النَّبِيِّ ﷺ
وَهِيَ مِنَ اللَّاتِي قِيلَ فِيهِنَّ : (أَعْتَقَهَا وَلَدَهَا) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ابْنُ مَاجَه (٢٥١٦) ،
وَالْبَيْهَقِيُّ فِي « السَّنَنِ الْكُبْرَى » (٣٤٦/١٠) فِي الْعَتَقِ ، وَفِيهِ حُسَيْنُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ
عَبَّاسٍ مَتْرُوكُ الْحَدِيثِ لَكِنْ ذَكَرَ لَهُ مَتَابَعَاتُ مِنْ وَجْهِهِ آخَرُ مِنْ أَمْثَلِهَا مَا رَوَاهُ قَاسِمُ بْنُ أَصْبَغٍ فِي
« مُصَنِّفِهِ » . قَالَ ابْنُ كَثِيرٍ فِي « إِرْشَادِ الْفَقِيهِ » (١١٩/٢) : وَهَذَا إِسْنَادُ رَجَالِهِ ثِقَاتٌ ، وَهُوَ مِنْ
أَحْسَنِ مَا رَوَى فِي هَذَا الْبَابِ ، وَقَدْ صَحَّحَهُ أَبُو مُحَمَّدٍ بْنُ حَزْمٍ الظَّاهِرِيُّ ، وَاعْتَمَدَ عَلَيْهِ فِي هَذِهِ
الْمَسْأَلَةِ وَقَدْ عَلَّلَ بِمَا رَوَاهُ الثَّوْرِيُّ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عِكْرَمَةَ : (أَنَّ عُمَرَ قَالَ فِي أُمِّ الْوَلَدِ أَعْتَقَهَا وَلَدَهَا
وَإِنْ كَانَ سَقَطًا) ، وَهُوَ صَحِيحٌ .

وحكى الخراسانيون من أصحابنا : أَنَّ ذَلِكَ قولُ آخرٍ للشافعي رحمه الله تعالى ، وليسَ بمشهورٍ .

دليلنا : ما روى ابنُ عباسٍ : أَنَّ النبي ﷺ قال : « أَيُّمَا أَمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا . . فَهِيَ حُرَّةٌ عَنْ ذُبْرِ مِنْهُ » ^(١) .

وروى ابنُ عمرَ : أَنَّ النبي ﷺ قال في أُمِّ الولدِ : « لَا تَبَاعُ ، وَلَا تُؤَهَّبُ ، وَلَا تُؤَرَّثُ يَسْتَمْتِعُ بِهَا مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، فَإِذَا مَاتَ عَتِقَتْ » ^(٢) .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَلَا يَصِحُّ هَبُّهَا وَلَا رَهْنُهَا ، وَهَلْ تَصِحُّ كِتَابَتُهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

قَالَ ابْنُ الْقَاصِّ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى رَقَبَتِهَا ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ وَالرَّهْنَ وَالْهَبَةَ .

وَقَالَ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى نَصَّ عَلَى : (أَنَّهُ إِذَا اسْتَوْلَدَ الْمَكَاتِبَةَ . . صَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ ، وَالْكِتَابَةُ بِحَالِهَا) ، وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ كَسْبَهَا ، فَإِذَا أَعْتَقَهَا عَلَى بَعْضِهِ . . جَازَ .

إِذَا تَقَرَّرَ مَا ذَكَرْنَاهُ . . فَفِي الْاسْتِيلَادِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ :

إِحْدَاهُنَّ : إِذَا عَلِقَتِ الْأَمَةُ بِحُرٍّ مِنْ سَيِّدِهَا فِي مِلْكِهِ . . فَإِنَّهَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ فِي الْحَالِ إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ : إِذَا أَحْبَلَ الرَّاهِنُ الْجَارِيَةَ الْمَرْهُونَةَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ . . فَإِنَّهَا فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ تَبَاعُ لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ وَإِنْ كَانَتْ قَدْ عَلِقَتْ بِحُرٍّ مِنْ سَيِّدِهَا فِي مِلْكِهِ .

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَحْمَدُ فِي « الْمُسْنَدِ » (٣١٧/١) ، وَابْنُ مَاجَهَ (٢٥١٥) فِي الْعَتَقِ ، وَالدَّارِقُطْنِي فِي « السُّنَنِ » (١٣٠/٤ وَ ١٣٢) ، وَالْحَاكِمُ فِي « الْمُسْتَدْرَكِ » (١٩/٢) وَصَحَّحَ إِسْنَادَهُ ، وَابْنُ بَيْهَقِي فِي « السُّنَنِ الْكُبْرَى » (٣٤٦/١٠) فِي عَتَقِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ . وَفِي إِسْنَادِهِ حُسَيْنُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ السَّالِفُ ذَكَرَهُ فِي الْحَدِيثِ قَبْلَهُ .

(٢) أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عُمَرَ الدَّارِقُطْنِي فِي « السُّنَنِ » (١٣٥/٤) ، وَابْنُ بَيْهَقِي فِي « السُّنَنِ الْكُبْرَى » (١٠/٣٤٢ - ٣٤٣) فِي عَتَقِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ . قَالَ ابْنُ الْمَلْقَنِ فِي « خِلَاصَةِ الْبَدْرِ الْمُنِيرِ » (٢٩٩٠) : وَصَحَّحَا وَقَفَهُ وَوَافَقَهُمَا الْخَطِيبُ الْبَغْدَادِيُّ وَعَبْدُ الْحَقِّ . وَخَالَفَ ابْنُ الْقُطَّانِ فَصَحَّحَ رَفْعَهُ أَوْ حَسَنَهُ وَقَالَ : رَوَاهُ كُلُّهُمْ ثِقَاتٌ قَالَ : وَعِنْدِي أَنَّ الَّذِي أَسْنَدَهُ ثِقَةٌ خَيْرٌ مِنَ الَّذِي أَوْقَفَهُ ، وَلَا مَزِيدَ عَلَى تَحْقِيقِهِ .

الثانية : إذا عَلِقَتْ بولِدٍ مملوكٍ . . فَإِنَّهَا لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ :
إِذَا وَطِئَ الْمَكَاتِبُ أُمَّتَهُ ، فَحَبِلَتْ مِنْهُ ، فَهَلْ تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ وَلَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهَا ، بَلْ تَكُونُ مَوْقُوفَةً عَلَى عَتَقِهِ ، فَإِنْ
عَتَقَ بِالْأَدَاءِ . . عَتَقَتْ بِمَوْتِهِ ، وَإِنْ رُقِيَ . . رُقِيََتْ ؛ لِأَنَّهَا أَتَتْ مِنْهُ بِوَلَدٍ فِي مِلْكِهِ وَهَذَا
الْوَلَدُ مَوْقُوفٌ عَلَى حُرِّيَّتِهِ ، فَكَذَلِكَ الْأُمُّ .

وَالثَّانِي : لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا أَتَتْ مِنْهُ بِوَلَدٍ مَمْلُوكٍ .

وَإِنْ تَزَوَّجَ أُمَةً فَأَحْبَلَهَا وَاشْتَرَاهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ فَوَضَعَتْ عِنْدَهُ . . عَتَقَ الْوَلَدُ ، وَلَا
تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ . وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : (تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ) .

وَقَالَ مَالِكٌ : (إِنْ اشْتَرَاهَا حَامِلًا وَوَضَعَتْ عِنْدَهُ . . صَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَإِنْ
اشْتَرَاهَا بَعْدَ مَا وَلَدَتْ . . لَمْ تَصِرْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ) .

دَلِيلُنَا : أَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ بِمَمْلُوكٍ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهَا حَكْمُ الْاِسْتِيلَادِ ، كَمَا لَوْ زَنَى بِهَا .

المسألة الثالثة : إذا عَلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ فِي غَيْرِ مِلْكٍ ، مِثْلُ : أَنْ يَطَّأَهَا بِشِبْهَةٍ . . فَإِنَّهَا
لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَمْلُوكَةٍ لَهُ ، فَإِنْ مَلَكَهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، فَهَلْ
تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ بِحُرٍّ مِنْهُ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ عَلِقَتْ مِنْهُ فِي مِلْكِهِ .

وَالثَّانِي : لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ عَلِقَتْ مِنْهُ
فِي زَوْجِيَّةٍ أَوْ زَنَى بِهَا .

مسألة : [مَا يَصِيرُ الْأُمَةُ أُمُّ وَلَدٍ] :

وَأَمَّا الْكَلَامُ فِي بَيَانِ مَا تَصِيرُ بِهِ أُمُّ وَلَدٍ : فَإِنَّهَا إِنْ وَلَدَتْ وَلَدًا مَصُورًا حَيًّا أَوْ مَيِّتًا . . فَإِنَّهَا
تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ ، وَيَجِبُ بِهِ الْعُرَّةُ عَلَى الضَّارِبِ إِذَا أَسْقَطَتْهُ مِنْ ضَرْبِهِ ، وَتَجِبُ بِهِ الْكَفَّارَةُ ،
وَتَنْقُضِي بِهِ الْعِدَّةَ . وَإِنْ وَضَعَتْهُ وَهُوَ غَيْرُ مَصُورٍ تَامًّا إِلَّا أَنَّهُ بَانَ فِيهِ صُورَةُ الْآدَمِيِّ ، كَظْفَرٍ أَوْ
شَعْرٍ . . كَانَ حَكْمُهُ حَكْمُ الْوَلَدِ التَّامِّ الْخَلْقَةِ ، فَتَتَعَلَّقُ بِهِ الْأَحْكَامُ الْأَرْبَعَةُ .

وإن وَضَعْتُ جَسَداً لَيْسَ فِيهِ تَخْطِيطُ ظَاهِرٌ^(١) ، وَلَكِنْ عُرِضَ عَلَى أَرْبَعِ نِسَاءٍ ثِقَاتٍ مِنَ الْقَوَابِلِ فَشَهِدْنَ أَنَّ فِيهِ تَخْطِيطاً بَاطِناً لَا يَشَاهِدُهُ إِلَّا أَهْلُ الصَّنْعَةِ . . فَحُكِّمَهُ حَكْمُ الْوَلَدِ ، فَتَعَلَّقَ بِهِ الْأَحْكَامُ الْأَرْبَعَةُ ؛ لِأَنَّهُنَّ مِنَ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ بِذَلِكَ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ كَانَ فِيهِ تَخْطِيطُ ظَاهِرٌ .

وإن وَضَعْتُ جَسَداً لَيْسَ فِيهِ تَخْطِيطُ ظَاهِرٌ ، وَلَا شَهِدَتِ الْقَوَابِلُ أَنَّ فِيهِ تَخْطِيطاً بَاطِناً ، لَكِنْ شَهِدْنَ أَنَّ هَذَا لَوْ بَقِيَ لَتَخَطَّطَ وَأَنَّهُ مَبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ . . فَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي « الْمَخْتَصَرِ » مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَا تَصِيرُ بِهِ أُمٌّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : (إِذَا وَلَدَتْ مَا يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ مِنْ خَلْقِ الْآدَمِيِّ عَيْنًا أَوْ ظَفَرًا أَوْ إِصْبِعًا . . فَهِيَ أُمٌّ وَلَدٍ) .

وَقَالَ فِي كِتَابِ (الْعِدَّةِ) : (تَنْقُضِي بِهِ الْعِدَّةَ) . وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ عَلَى طَرِيقَيْنِ : فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : حُكْمُهُ حَكْمُ الْوَلَدِ ، فَيَتَعَلَّقُ بِهِ الْأَحْكَامُ الْأَرْبَعَةُ ؛ لِأَنَّ الْقَوَابِلَ قَدْ شَهِدْنَ أَنَّهُ مَبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ ، فَأَشْبَهَ إِذَا شَهِدْنَ أَنَّهُ تَخَطَّطَ .

وَالثَّانِي : لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ شَيْءٌ مِنَ أَحْكَامِ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَبَيَّنْ فِيهِ صُورَةُ الْآدَمِيِّ ، فَأَشْبَهَ الدَّمَ وَالْمَاءَ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَا تَصِيرُ بِهِ أُمٌّ وَلَدٍ ، وَلَا تَجِبُ بِهِ الْعُرَّةُ وَلَا الْكَفَّارَةُ ، وَلَكِنْ تَنْقُضِي بِهِ الْعِدَّةَ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ مَعْرِفَةَ بَرَاءَةِ رَحِمِ الْمَعْتَدَةِ ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِهِ . وَسَائِرُ الْأَحْكَامِ إِنَّمَا تَثْبُتُ لِحُرْمَةِ الْوَلَدِ وَلَا حُرْمَةَ لَابْتِدَائِهِ .

وَتَعْتَقُ أُمُّ الْوَلَدِ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، سَوَاءً أَسْتَوْلَدَهَا فِي صِحَّتِهِ أَوْ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ؛ لِأَنَّ الْإِحْبَالَ إِتْلَافٌ فِيمَا^(٢) طَرِيقُهُ الِاتِّدَادُ . . فَاعْتَبَرَ ذَلِكَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ فِي مَأْكُولِهِ وَمَلْبُوسِهِ .

(١) تَخْطِيطُ ظَاهِرٌ : أَيِ ظَهَرَ فِيهِ خَلْقُ الْآدَمِيِّ ، وَتَبَيَّنَ كَمَا تَبَيَّنَ الْخَطُّ فِي الشَّيْءِ الَّذِي يَخْطُطُ بِقَلَمٍ أَوْ حَدِيدَةٍ وَسِوَى ذَلِكَ .

(٢) الْأَوَّلَى أَنْ تَكُونَ : (مَا) بَدَلَ (فِيمَا) .

مسألة : [حكم أم الولد كالقنة] :

ذكر الشافعي رحمه الله تعالى : (أنها لا تخالف الأمة ، غير أنها لا تخرج من ملكه) .

وجملة ذلك : أنَّ حكمَ أمِّ الولدِ حكمُ الأمةِ القنَّةِ . فيجوزُ للسَّيِّدِ وطؤها وأستخدامها وإيجارتها .

وقال مالك رحمه الله : (لا يجوزُ له إيجارتها) .

دلُّلنا : قوله ﷺ في حديثِ ابنِ عمرَ ، ولأنَّه يملكُ أستخدمها ، فملكُ إيجارتها ، كالمدبرة .

وهل يجوزُ تزويجُها ؟ فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : (يجوزُ) وبه قال أبو حنيفة ، وأختاره المُرْنِي ، وهو الصحيح ؛ لأنَّها أمةٌ يملكُ الاستمتاعُ بها ، فملكُ تزويجِها ، كالمدبرة . فعلى هذا : له إجبارُها على النكاح .

والثاني : يصحُّ تزويجُها برضاها ، ولا يصحُّ بغيرِ رضاها ؛ لأنَّها أمةٌ ثبتتَ لها الحرِّيَّةُ بسببِ لا يملكُ المولى إبطالهُ فهي كالمكاتبةِ وفيه احترازٌ مِنَ المدبرة .

والثالثُ : لا يصحُّ تزويجُها بحالٍ ؛ لأنَّ ملكَ السَّيِّدِ قد ضَعَفَ في حقِّها وهي لم تكمل ، فلم يكنْ له تزويجُها ، كالأخ لا يزوّجُ أخته الصغيرةَ لضعفِ ولايته ؛ لأنَّها لم تكمل .

فإذا قلنا بهذا : فهل يجوزُ للحاكمِ تزويجُها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يجوزُ ، وهو قولُ أبي إسحاق ، وأبي سعيد الإصطخري ؛ لأنَّ تزويجَها من طريقِ الحُكْمِ ، والحاكمُ يملكُ بالحُكْمِ ما لا يملكُهُ الوليُّ ، بدليل : أنَّ الحاكمَ يجوزُ له تزويجُ الذمِّيَّةِ ، ولا يجوزُ للمسلمِ تزويجُ الذمِّيَّةِ بولايةِ القرابةِ .

فعلى هذا : لا يصحُّ إلَّا برضا المكاتبِ ؛ لأنَّه يملكُ الاستمتاعَ^(١) بها ، ويتزويجُها

يَحْرُمُ عَلَيْهِ اسْتِمَاعُهَا ، وَيَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ وَرِضَاها ؛ لِأَنَّ الاسْتِمَاعَ لَهَا .

والثاني - وهو قولُ أَبِي عَلِيٍّ بْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ - : أَنَّهُ لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ يَنْوِبُ عَنْهُمَا وَهُمَا لَا يَمْلِكَانِ النِّكَاحَ بَأَنْفُسِهِمَا ، فَلَمْ يَجْزِ أَنْ يَنْوِبَ الْحَاكِمُ عَنْهُمَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

مَسْأَلَةٌ : [مَنْزِلَةُ وَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ بِمَنْزِلَتِهَا] :

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : (وَوَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ بِمَنْزِلَتِهَا ، يَعْتَقُونَ بِعَتِقِهَا) . وَجَمَلُهُ ذَلِكَ : أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ إِذَا أَتَتْ بِوَلَدٍ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زَنَى . ثَبَتَ لَهُ مَا يَثْبُتُ لَهَا مِنْ حُرْمَةِ^(١) الْاسْتِيلَادِ ، فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ . عَتَقَتْ وَعَتَقَ وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ أُمَّهُ فِي رُقَّتِهَا وَحُرَّتِهَا حَالَ وِلَادَتِهَا ، فَيَتَّبِعُهَا أَيْضاً فِي حَكْمِ الْاسْتِيلَادِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ مُسْتَقَرٌّ لِلْحُرِّيَّةِ ، فَجَرَى مَجْرَى الْحُرِّيَّةِ .

فَإِنْ مَاتَتْ الْأُمُّ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهَا . مَاتَتْ رَقِيقَةً ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا تَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، فَإِذَا مَاتَتْ قَبْلَهُ . مَاتَتْ رَقِيقَةً ، كَالْمَدْبُورَةِ ، وَلَا يَبْطُلُ مَا ثَبَتَ لِلْوَلَدِ مِنْ حُرْمَةِ^(١) الْاسْتِيلَادِ ، بَلْ يَعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ حَقٌّ مُسْتَقَرٌّ بِحَيَاةِ الْأُمِّ ، فَلَا يَسْقُطُ بِمَوْتِهَا ، كَالْحُرِّيَّةِ .

فِرْعُ : [مَلِكُ الرَّحِمِ الْمَحْرُومَةِ لَا يَحِلُّ وَطَآهَا] :

وَإِذَا مَلَكَ الرَّجُلُ أُخْتَهُ مِنَ النَّسَبِ أَوْ الرِّضَاعِ ، أَوْ عَمَّتَهُ أَوْ خَالَتَهُ ، أَوْ مَلَكَ الْمُسْلِمُ أُمَّةً مَجُوسِيَّةً . فَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا .

فَإِنْ خَالَفَ وَوَطِئَهَا وَأَحْبَلَهَا . . فَلَا خِلَافَ أَنَّ الْوَلَدَ يَنْعَقِدُ حَرّاً وَيُلْحَقُهُ نَسَبُهُ ، وَتَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمًّا وَلَدٌ لَهُ وَتَعْتَقُ بِمَوْتِهِ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ . وَإِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا ، لِلْقَرَابَةِ أَوْ لِكُونِهَا مَجُوسِيَّةً ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَطِئَ أُمَّةً الْحَافِضَ . فَإِنْ كَانَ جَاهِلاً بِالتَّحْرِيمِ . . فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا تَعْزِيرَ ، وَإِنْ كَانَ عَالِماً بِالتَّحْرِيمِ . . فَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أحدهما : لا يجبُ عليه ؛ لأنَّ وطأه صادفَ ملكه ، فهو كما لو وطىءَ أُمتهُ وهي حائضٌ . فعلى هذا : يُعزَّرُ .

والثاني : يجبُ عليه الحدُّ ؛ لأنه وطىءَ امرأةً لا يحلُّ له وطؤها بحالٍ مع العلم بتحریمها ، فهو كما لو وطىءَ أجنبيةً منه . وإن ملكَ الكافرُ أمةً كافرةً فأسلمت ، فوطئها قبل أن يُرآلَ ملكه عنها وأحبَّها . . فحكمه حكمُ المسلمِ إذا وطىءَ أخته وهي في ملكه ، على ما مضى .

فإذا صارت أُمٌ ولدٍ له . . فُرِّقَ^(١) بينه وبينها ، وتُرِكَتْ على يدِ امرأةٍ ثقةٍ ، وأمرَ بالإنفاقِ عليها إلى أن يموتَ فتعتقَ .

وإن كانَ لليهوديِّ أو النصرانيِّ أمةٌ يحلُّ له وطؤها ، فأستولدها . . ثبتَ لها حرمةُ الاستيلادِ وهي مقرَّةٌ تحتَ يده ، كأُمٍّ ولدِ المسلمِ . فإنَّ أسلمتْ قبلَ موته . . لم تُقَرَّ تحتَ يده ؛ لأنَّه لا يحلُّ له وطؤها ، ولا يؤمَرُ بإزالةِ ملكه عنها ؛ لأنَّه قد ثبتَ لها حكمُ^(٢) الحريةِ بالاستيلادِ ، فلا يجوزُ إبطالُ ذلكَ عليها .

فعلى هذا : تُتركُ على يدِ امرأةٍ ثقةٍ ، فإن كانَ لها صنعةٌ . . أمرتْ بها ، وما كَسَبَتْ . . أنفقَ عليها منه ، وما بقيَ من كسبها . . يكونُ لسيِّدها . وإن لم يفِ كسبها بنفقتها أو لم يكن لها كسبٌ . . وجبَ على المولى نفقتها ؛ لأنَّها في ملكه . هذا مذهبنا .

وقال أبو حنيفة : (تستسعي في قيمتها) . وعن مالكٍ روايتان :

إحداهما : (تعتقُ ولا شيءَ عليها) .

والثانية : (تباعُ) .

فأمَّا الدليلُ على إبطالِ الاستسعاء : فقد مضى في العتق .

وأمَّا الدليلُ على مالكٍ : فلائنه إسلامٌ من الأمة ، فلا يوجبُ عتقها ، كأمةِ الكافرِ إذا

دبَّرَها .

(١) في (م) : (حيل) .

(٢) في نسختين : (حق) .

مسألة : [جناية أم الولد قبل موت السيد] :

إذا جَنَّتْ أُمُّ الْوَلَدِ عَلَى غَيْرِهَا قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ جُنَايَةً تَوْجِبُ الْقِصَاصَ . . فالمجني عليه بالخيار : بَيْنَ أَنْ يقتصَّ وَبَيْنَ أَنْ يَغْفُو ، كما قُلْنَا فِي غَيْرِهَا . وَإِنْ كَانَتْ الْجُنَايَةُ خَطَأً أَوْ عَمْدًا وَعَفَا عَنْهَا عَلَى مَالٍ . . لَزِمَ الْمَوْلَى أَنْ يَفْدِيَهَا ؛ لِأَنَّهُ مُنْعٌ مِنْ بَيْعِهَا ، وَلَمْ يَبْلُغْ بِهَا حَالَةَ يَتَعَلَّقُ الْأَرَشُ بِذِمَّتِهَا ، فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كما لو جُنِيَ الْعَبْدُ عَلَى غَيْرِهِ ثُمَّ قَتَلَهُ قَاتِلٌ ، وَلَكِنْ لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرَشِ الْجُنَايَةِ أَوْ قِيمَتِهَا قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ بَيْعُهَا ، بخلافِ الْعَبْدِ الْقَيْنِ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ .

فَإِنْ جَنَّتْ ، فَقَدَاهَا السَّيِّدُ ، ثُمَّ جَنَّتْ ثَانِيًا . . ففیه قولان :

أحدهما : يلزم المولى أن يفدي الجناية الثانية بأقل الأمرين من أرشها أو قيمة الجارية ، وهو اختيار المُنْزِي ؛ لِأَنَّهُ مَانِعٌ بِالْإِحْبَالِ مِنْ بَيْعِهَا عِنْدَ الْجُنَايَةِ الثَّانِيَةِ ، كما أَنَّهُ مَانِعٌ مِنْ بَيْعِهَا عِنْدَ الْأُولَى ، فَلَزِمَهُ الْفِدَاءُ لِلثَّانِيَةِ ، كَالأُولَى .

فعلى هذا : يلزمه الفداء لكل جناية جنتها .

والثاني : لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَتِهَا أَوْ أَرُوشِ الْجُنَايَاتِ كُلِّهَا ؛ لِأَنَّهُ مُنْعٌ مِنْ بَيْعِهَا بِالْإِحْبَالِ ، وَالْإِحْبَالُ إِنَّمَا وَجَدَ مِنْهُ دَفْعَةٌ وَاحِدَةٌ ، فَلَمْ يَلْزِمُهُ إِلَّا فِدْيَةُ وَاحِدَةٍ لِلْجُنَايَاتِ كُلِّهَا ، كما لو جُنِيَ الْعَبْدُ جُنَايَاتٍ ، ثُمَّ قَتَلَهُ آخَرُ .

فعلى هذا : إِنْ كَانَ الْمَوْلَى قَدْ دَفَعَ جَمِيعَ الْقِيَمَةِ إِلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الْأَوَّلِ . . فَإِنَّ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ الثَّانِي وَالثَّالِثَ يَشَارِكَانِ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ الْأَوَّلَ فِيمَا أَخَذَ مِنْهُ مِنَ الْقِيَمَةِ عَلَى قَدْرِ جُنَايَاتِهِمْ ^(١) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُ الْمَوْلَى أَكْثَرُ مِنَ الْقِيَمَةِ ، وَقَدْ دَفَعَهَا .

فَإِنْ كَانَ الْمَوْلَى لَمْ يَدْفَعْ جَمِيعَ الْقِيَمَةِ إِلَى الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ كَانَ أَرَشُ الثَّانِي مِثْلَ الْبَقِيَّةِ الَّتِي بَقِيَتْ عَلَى الْمَوْلَى مِنْ قِيَمَةِ الْجَارِيَةِ . . دَفَعَ الْمَوْلَى مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنَ الْقِيَمَةِ إِلَى الثَّانِي . وَإِنْ كَانَ أَرَشُ الْجُنَايَةِ الثَّانِيَةِ أَكْثَرَ مِنْ بَقِيَّةِ الْقِيَمَةِ عَلَى الْمَوْلَى . . ضُمَّتْ بَقِيَّةُ

القيمة على المولى إلى ما أخذته المجني عليه الأول من القيمة ، وقُسمت القيمة على المجني عليهما على قدر أرشهما .

مسألة : [ملك الولد الأمة يحرم على الأب وطأها] :

إذا ملك الرجل أمة . . لم يحل لأبيه وطؤها ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأَرْوَاجِهِمْ حَفِظُونَ ﴾ [الأعلى أزواجهن أو ما ملكت أيمانهم] [المعارج : ٢٩-٣٠] .

وأمة الابن ليست بزوجة للأب ولا ملكاً له ، فإن خالف الأب وطئها . . فقد فعل فعلاً محرماً ، فإن لم يحبلها . . فالكلام في ثلاثة مواضع ، في الحد ، والمهر ، والقيمة :

فأما (الحد) : فإن كان الابن لم يطأها . . لم يجب على الأب الحد ؛ لأن له في مال الابن شبهة ؛ لقوله ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِابْنِكَ » ^(١) .

(١) سلف ، وأخرجه عن عائشة ابن حبان في « الإحسان » (٤٢٦٢) بإسناد صحيح .

وأخرجه عن جابر ابن ماجه (٢٢٩١) في التجارات ، والطحاوي في « شرح معاني الآثار » (١٥٨/٤) في القضاء ، وابن عدي في « الكامل » (١٦٥/٧) . وفيه : أن رجلاً قال : يا رسول الله إن لي مالا وولداً وإن أبي يريد أن يحتاج مالي . فقال : « أنت ومالك لأبيك » . قال البوصيري في « الزوائد » : لهذا إسناد صحيح . وصححه أيضاً ابن القطان كما في « نصب الراية » (٣٣٧/٣) .

وأخرجه عنه أيضاً الطبراني في « الصغير » (٩٤٨) بلفظ : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله إن أبي أخذ مالي ، فقال النبي ﷺ للرجل : « اذهب فأتني بأبيك » فنزل جبريل عليه السلام على النبي ﷺ فقال : « إن الله يقرئك السلام ويقول : إذا جاءك الشيخ فسله عن شيء قاله في نفسه ما سمعته أذناه » فلما جاء الشيخ قال له النبي ﷺ : « ما بال ابنك يشكوك ؟ أتريد أن تأخذ ماله ؟ » فقال : سله يا رسول الله ، هل أنفقت إلا على عماته أو خالاته أو على نفسي ، فقال النبي ﷺ : « إيه دعنا من هذا ، أخبرنا عن شيء قلته في نفسك ما سمعته أذنك » فقال الشيخ : والله يا رسول الله ما يزال الله يزيدنا بك يقيناً ، لقد قلت في نفسي شيئاً ما سمعته أذناي ، فقال : « قل وأنا أسمع » قال : قلت [من الطويل] :

غذوتك مولوداً ومثثك يافعاً تعل بما أجني عليك وتنهل
إذا ليلة ضافتك بالسقم لم أبث لسقمك إلا ساهراً أنمل
كأنني أنا المطروق دونك بالذي طرقت به دوني فعيناي تهمل

وقوله ﷺ : « إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ ، فَكُلُوا مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ » (١) .

وإذا كان له شبهة في مال الابن . . لم يجب عليه الحد بوطء جاريته ؛ لقوله ﷺ : « أَدْرُوا الْحُدُودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ » .

فإن كان الابن قد وطئها قبل ذلك . . فهل يجب الحد على الأب ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا يجب عليه الحد ؛ لما ذكرناه .

والثاني : يجب عليه الحد ؛ لأنها صارت محرمة على الأب بوطء الابن على التأييد ، فوجب عليه الحد بوطئها ، كما لو وطئ امرأة ابنه .

قال الشيخ أبو حامد : ويشبه أن يكون هذان الوجهان مبنيين على القولين فيمن ملك أخته فوطئها .

تخاف الردى نفسي عليك وإنها
فلما بلغت السن والغاية التي
جعلت جزائي غلظة وفضاظة
فليتك إذ لم تزغ حق أبوتي
فأوليتني حق الجوار فلم تكن
نراه موعدا للخلاف كائنه
قال : فحيث أخذ النبي ﷺ بتلايب ابنه وقال : « أنت ومالك لأبيك » قال الطبراني :

لا يروى هذا الحديث عن محمد بن المنكدر إلا بهذا التمام ، والشعر إلا بهذا الإسناد ، تفرد به عبيد بن خنصة . قال الهيثمي في « المجمع » (١٥٨ / ٤) : رواه الطبراني في « الصغرى » و « الأوسط » وفيه من لم أعرفه ، والمنكدر بن محمد ضعيف وقد وثقه أحمد ، والحديث بهذا التمام منكر ، وهو عند السخاوي في « المقاصد الحسنة » (١٩٦) .

(١) أخرجه عن ابن عمر رضي الله عنهما أحمد في « المسند » (١٧٨ / ٢) ، وأبو داود (٣٥٣٠) في البيوع ، وابن ماجه (٢٢٩٢) في التجارات ، وابن الجارود في « المنتقى » (٩٩٥) في الثحل ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٤٨٠ / ٧) في النفقات ، باب : نفقة الأبوين وإسناده حسن . وفيه : « أنت ومالك لوالدك ، إن أولادكم من أطيب كسبكم » . قال ابن حبان في معنى ما تقدم : إنه ﷺ زجره عن معاملة أبيه بما يعامل به الأجنيين ، وأمره بيزه ، والرفق به في القول والفعل معاً إلى أن يصل إليه ماله ، لا أن مال الابن يملكه أبوه في حياته عن غير طيب نفس من الابن به .

وَأَمَّا (المهرُ) : فكلُّ موضع قلنا : لا يجبُ على الأبِ الحدُّ ، فَإِنْ كَانَ الابنُ لَمْ يَطَّأَهَا أَوْ كَانَ قَدْ وَطَّئَهَا وَقُلْنَا : لَا حَدَّ عَلَى الْأَبِ بَوَاطِئِهَا . وَجَبَ عَلَى الْأَبِ الْمَهْرُ بَوَاطِئِهَا ؛ لِأَنَّهُ وَطَّءٌ يَسْقُطُ فِيهِ الْحَدُّ عَنِ الْمَوْطُوءَةِ ، فَوَجِبَ فِيهِ الْمَهْرُ ، كَالْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ .

وكلُّ موضع قلنا : يجبُ الحدُّ على الأبِ . . نظرتَ :
فإِنْ كَانَ أَكْرَهَهَا عَلَى الْوَطْءِ . . وَجِبَ عَلَيْهِ الْمَهْرُ . وَإِنْ طَاوَعَتْهُ عَلَى الْوَطْءِ . . فَهَلْ يَجِبُ الْمَهْرُ عَلَى الْأَبِ ؟

حكى أصحابنا البغدادِيُّونَ فِيهِ وَجْهَيْنِ :

المنصوصُ : (أَنَّهُ لَا يَجِبُ) ؛ لِمَا رَوَى (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ مَهْرِ الْبَغْيِ) ^(١) (وَالْبَغْيُ) : الزَّانِيَةُ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ يَتَّخِذَ هُنُورٌ مَا كَانَ أَبُوكَ أَمْرًا سَوِيًّا وَمَا كَانَتْ أُمُّكَ بَغْيًا ﴾ [مريم : ٢٨] .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : يَجِبُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ لِلْسَيِّدِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِذَلِكَ الْأَمَةُ .

وَأَصْحَابُنَا الْخِرَاسَانِيُّونَ : يَحْكُونَهُمَا قَوْلَيْنِ :

وَأَمَّا (قِيمَةُ الْجَارِيَةِ) : فَإِنَّهَا لَا تَجِبُ عَلَى الْأَبِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُتْلَفْهَا .

فإِنْ قِيلَ : فَقَدْ صَارَتْ مُحَرَّمَةً بِالْوَطْءِ عَلَى الْإِبْنِ . . قلنا : إِذَا لَمْ يَحْصُلْ نَقْصٌ فِي عَيْنِهَا وَلَا فِي قِيمَتِهَا . . لَمْ يَجِبْ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَحُلُّ لغيره .

وَأَمَّا إِذَا أَحْبَلَهَا الْأَبُ . . فَالْكَلَامُ فِي الْحَدِّ وَالْمَهْرِ عَلَى مَا مَضَى ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنَ الْأَبِ .

وَهَلْ تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمًّا وَلَدٍ لَهُ ؟

(١) أخرجه عن أبي مسعود البدرى البخارى (٢٢٣٧) فى البيوع ، ومسلم (١٥٦٧) فى المساقاة ، وأبو داود (٣٤٨١) ، والترمذى (١٢٧٦) ، والنسائى فى « الصغرى » (٤٦٦٦) فى البيوع ، وابن ماجه (٢١٥٩) فى التجارات .

قَالَ الْقَفَّالُ : لَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ قَوْلًا وَاحِدًا .

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : هَلْ تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : لَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُزْنِيِّ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَطِئَ أُمَةً بِالنِّكَاحِ فَوَلَدَتْ مِنْهُ .

وَالثَّانِي : أَنَّهَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : وَهُوَ الْأَصَحُّ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ بِخُرٍّ بِحَقِّ الْمِلْكِ ، فَثَبَّتَ لَهَا حُرْمَةُ الْأَسْتِيلَادِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي مِلْكِهِ .

فَإِذَا قُلْنَا : لَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ . . فَلَا يَجُوزُ لِلابْنِ بَيْعُهَا وَلَا هِبَتُهَا مَا دَامَتْ حَامِلًا ؛ لِأَنَّهَا حَامِلٌ بِخُرٍّ .

وَاللَّابِنُ أَنْ يَطَالِبَ الْأَبَ بِقِيَمَةِ الْجَارِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ حَالٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ جَارِيَتِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ غَضِبَ مِنْهُ جَارِيَةٌ وَأَبْقَتْ مِنْهُ ، فَإِذَا وَضَعَتْ . . رَدَّ الْابْنُ الْقِيَمَةَ الَّتِي أَخَذَ مِنَ الْأَبِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحِيلُولَةَ قَدْ زَالَتْ .

وَحَكَى الطَّبْرِيُّ فِي « الْعُدَّةِ » : أَنَّ مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَيْسَ لَهُ مَطَالِبَتُهُ بِالْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّ الْابْنَ يَقْدُرُ عَلَى الْإِنْتِفَاعِ بِهَا بِالِاسْتِخْدَامِ وَالْإِجَارَةِ .
وَالأَوَّلُ هُوَ الْمَشْهُورُ .

فَإِذَا وَضَعَتِ الْجَارِيَةُ الْوَلَدَ . . وَجَبَ عَلَى الْأَبِ لِلابْنِ قِيَمَةُ الْوَلَدِ يَوْمَ الْوَضْعِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ فِي سَبِيلِهِ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا ، وَقَدْ حَالَ الْأَبُ بَيْنَ الْابْنِ وَبَيْنَ رَقِّهِ .

فَإِنْ مَلَكَ الْأَبُ الْجَارِيَةَ بَعْدَ ذَلِكَ . . فَهَلْ تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ، كَمَا لَوْ وَطِئَ جَارِيَةً غَيْرَهُ بِشَبْهَةٍ فَحَمَلَتْ^(١) مِنْهُ ، ثُمَّ مَلَكَهَا .

وَإِذَا قُلْنَا بِالْقَوْلِ الْآخِرِ : وَأَنَّهَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لِلأَبِ . . لَزِمَهُ أَنْ يَغَرَّمَ لِلابْنِ قِيَمَةَ الْجَارِيَةِ فِي الْحَالِ ، سَوَاءً كَانَ الْأَبُ مُوسِرًا أَوْ مُعْسِرًا . بِخِلَافِ الشَّرِيكِ فِي الْجَارِيَةِ إِذَا أَسْتَوْلَدَهَا ، فَإِنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ قِيَمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهَا إِذَا كَانَ مُعْسِرًا ؛ لِأَنَّا نَجْعَلُ الْجَارِيَةَ أُمًّا

(١) فِي (م) : (فَحَمَلَتْ) .

ولِدَ للشَّرِيكِ نظراً للشَّرِيكِ ، ولا نظراً لَهُ عندَ إِعْسَارِ الشَّرِيكِ ، وهاهُنَا نَجْعَلُهَا أُمَّ وَلِدٍ لَهُ
نظراً للأُبُوَّةِ ، والأُبُوَّةُ موجودةٌ فِي الْحَالِيْنِ ، ولا يُلْزَمُ الْأَبُ قِيَمَةُ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهَا تَضَعُهُ فِي
مِلْكِهِ .

فِرْعُ : [مِلْكُ الْأَبِ الْأُمَّةُ يَحْرِمُهَا عَلَى وَلَدِهِ] :

إِذَا مَلَكَ الرَّجُلُ جَارِيَةً . . لَمْ يَحِلَّ لِوَلَدِهِ وَطْئُهَا ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِزَوْجَةٍ لَهُ وَلَا مِلْكٍ .

فَإِنْ خَالَفَ الْإِبْنُ وَوَطِئَهَا ، فَإِنْ كَانَ عَالِماً بِالتَّحْرِيمِ . . فَعَلَيْهِ الْحَدُّ بِوَطْئِهَا . فَإِنْ
أَكْرَهَهَا عَلَى الْوَطْءِ ، فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لِلْأَبِ . وَإِنْ طَاوَعَتْهُ عَلَى الْوَطْءِ . . فَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ
الْمَهْرُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

الْمَنْصُوصُ : (أَنَّهُ لَا يَجِبُ) فَإِنْ أَتَتْ مِنْهُ بِوَلَدٍ . . لَمْ يَلْحَقْهُ نَسَبُهُ ؛ لِأَنَّهُ زَانٍ ،
وَالزَّانِي لَا يَلْحَقُهُ النَّسَبُ ، وَيَكُونُ الْوَلَدُ مَمْلُوكاً لِلْأَبِ .

وَإِنْ كَانَ الْإِبْنُ جَاهِلاً بِالتَّحْرِيمِ ، بَأَن كَانَ قَرِيبَ الْعَهْدِ بِالْإِسْلَامِ أَوْ نَشَأَ فِي بَادِيَةٍ . .
لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ شَبْهَةٌ تَوْجِبُ سَقُوطَ الْحَدِّ ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : وَيَكُونُ الْوَلَدُ مَمْلُوكاً لِلْجَدِّ ؛ لِأَنَّهَا عُلِقَتْ بِهِ فِي غَيْرِ مِلْكٍ وَلَا
شَبْهَةِ مِلْكٍ ، وَيَعْتَقُ عَلَى الْجَدِّ ؛ لِأَنَّهُ أَبْنُ أَبْنِهِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْإِبْنِ قِيَمَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا
عَتَقَ عَلَى الْأَبِ بِمِلْكِهِ لَهُ لَا بِفَعْلِ الْإِبْنِ ، فَلَمْ يُلْزَمْ قِيَمَتُهُ ، وَلَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ
لِلْإِبْنِ بِلَا خِلَافٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ فِيهَا وَلَا شَبْهَةَ مِلْكٍ .

وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ

* * *

بابُ الولاء^(١)

الأصلُ في ثبوتِ الولاءِ : قوله تعالى : ﴿ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَلِاخْوَانِكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ ﴾ [الأحزاب : ٥] .

وروي عن النبي ﷺ : أَنَّهُ قَالَ : « أَلْوَلَاءُ لُحْمَةٍ كُلُّحِمَةٍ النَّسَبِ ، لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ »^(٢) .

فإذا أعتقَ الرجلُ عبداً أو أمةً عتقاً منجزاً ، أو علّقَ عتقه بصفة فوجدتِ الصفةُ ، أو دبرُهُ ، أو كاتبُهُ فعُتِقَ عليه . ثبتَ له عليه الولاءُ ؛ لقوله ﷺ : « أَلْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »^(٣) .

(١) الولاء - بفتح الواو والمد - لغة : القرابة . كما في الحديث الآتي ، مأخوذ من الوليِّ بمعنى الموالاتة ، وهي المناصرة والقرابة والمعاونة ، فبه تحصل قرابة حكمية حاصلة من العتق ضد المعاداة ، وسببه نعمة المعتق على عتيقه ، وهو من أحد أسباب الميراث ، وشرعاً : عصوبة سببها زوال ملك عن الرقيق الحرية ، وهي ناشئة بعد زوال الملك متراخية عن عصوبة النسب .

(٢) أخرجه عن ابن عمر الشافعي في « ترتيب المسند » (٢٣٧/٢) ، وابن حبان في « الإحسان » (٤٩٥٠) ، والحاكم في « المستدرک » (٣٤١/٤) - وصححه ولم يوافقه الذهبي - في الفرائض ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٩٢/١٠) في الولاء . قال ابن حجر في « تلخيص الحبير » (٢٣٥/٤) : قال في « المعرفة » : كأن الشافعي حدث به من حفظه فنسي عبيد الله بن عمر من إسناده ، وقد رواه محمد بن الحسن في كتاب « الولاء » له عن أبي يوسف ، عن عبيد الله بن عمر ، عن عبد الله بن دينار به فانظره .

ورواه عن الحسن البصري البيهقي في « السنن الكبرى » (٢٩٢/١٠) مرسلأثم قال : هذا الحديث خطأ لأن الثقات لم يرووه هكذا .

وعن سعيد بن المسيب رواه سعيد بن منصور في « السنن » (٢٨٤) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (١٦١٤٩) وهو صحيح بطرقه وشواهد . اللّحمة - بالضم - : القرابة . قال ابن الأعرابي : لحمة القرابة ولحمة الثوب مفتوحان واللحمة ما يصاد به الصيد ، وعامة الناس يقولون لحمة في الثلاثة .

(٣) أخرجه عن عائشة الصديقة البخاري (٢١٥٦) في البيوع ، ومسلم (١٥٠٤) ، وسعيد بن منصور في « السنن » (٢٧٩) في العتق .

وكذلك إذا استولد الرجلُ جاريةً فماتَ قبلَها . . عتقتُ عليه وثبتَ له عليها الولاءُ ؛ لأنها عتقتُ عليه بالاستيلاد ، فهو كما لو باشرَ عتقَها .

مسألة : [الولاء لسائل العتق عنه] :

إذا قالَ الرجلُ لِغيرِهِ : أعتقَ عبدَكَ عني على مئةِ درهمٍ ، فأعتقه عنه . . عتقَ عنِ السائلِ ، وكانتِ عليه المئةُ ، وثبتَ الولاءُ للسائلِ ؛ لأنه عتقَ عنه بعوضٍ ، فهو كما لو اشتراه وأعتقه .

وإن قالَ : أعتقَ عبدَكَ عني ، فأعتقه المولى عنه . . عتقَ عنِ السائلِ ، وكانَ الولاءُ للسائلِ ، كما لو أتتهبهُ وأعتقه .

وإن قالَ : أعتقَ عبدَكَ على مئةٍ ولم يَقُلْ : عني ، فقالَ المولى : هو حرٌّ . . عتقَ العبدُ ، وأستحقَّ مولاهُ المئةَ على السائلِ . وفي ولاءِ العبدِ وجهانِ ، حكاهما القاضي أبو الطيب :

أحدهما : أنه للسائلِ ؛ لأنه أعتقه بعوضٍ بذلهُ عنِ العبدِ المُعتقِ ، فوجبَ أن يكونَ العتقُ عمنَ عليه العوضُ والولاءُ له ، كما لو قالَ : أعتقَ عبدَكَ عني .

والثاني : يكونُ الولاءُ للمُعتقِ دونَ السائلِ ؛ لأنه لم يَطلبِ العتقَ عنِ نفسه ، فهو كما لو قالَ له : أعتقَ عبدَكَ ولم يبدلْ له عوضاً ، ويكونُ بذلُ العوضِ هاهنا لافتداءِ العبدِ دونَ استحقاقِ الولاءِ ، كما لو قالَ : طلقَ امرأتَكَ على مئةٍ .

وإن قالَ : أعتقَ أُمَّ وَلَدِكَ هَذِهِ على مئةِ درهمٍ ، فقالَ المولى : هي حرَّةٌ . . عتقتُ ، وأستحقَّ مولاهُ المئةَ على الباذلِ لها ، وكانَ ولأوها للمُعتقِ ، ولا يختلفُ أصحابنا في ذلك ؛ لأنَّ نَقْلَ المِلِكِ فيها لا يصحُّ ، وإعتاقُها تعجيلٌ للعتقِ المستحقِّ بالإيجابِ ، وبذلُ المئةِ لإفئادها .

وإن قالَ : أعتقَ أُمَّ وَلَدِكَ عني على مئةِ درهمٍ ، أو لك مئةٌ ، فقالَ : هي حرَّةٌ . . عتقتُ ، ولم يستحقَّ المولى المئةَ على الباذلِ ؛ لأنه بذلها ليكونَ العتقُ عنه ، والعتقُ هاهنا عنِ المُعتقِ والولاءُ له ، فلا يستحقُّ عليه عوضاً .

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : (وَإِنْ قَالَ رَجُلٌ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ عَنْ فُلَانٍ ، وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِالْحُرِّيَّةِ ، وَقَبَلَ الْمَعْتَقُ عَنْهُ ذَلِكَ بَعْدَ الْعَتَقِ أَوْ لَمْ يَقْبَلْهُ . . فسواءٌ ، وهو حُرٌّ عَنْ نَفْسِهِ لَا عَنِ الَّذِي أَعْتَقَهُ عَنْهُ ، وَلَاؤُهُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ) .

فرعٌ : [لمن الولاء لو كان المشتري العبد نفسه] :

وَإِنْ بَاعَ الرَّجُلُ عَبْدَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، وَقُلْنَا : يَصِحُّ . . فَإِنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَفِي وَلَائِهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّ الْوَلَاءَ يَكُونُ لِسَيِّدِهِ الَّذِي بَاعَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ رِقٌّ غَيْرِهِ .

وَالثَّانِي : لَا وَلَاءَ عَلَيْهِ لِأَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْتَقْ عَلَيْهِ فِي مِلْكِهِ ، وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ الْوَلَاءَ عَلَى نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْهِ وَلَاءٌ .

وَإِذَا مَلَكَ الْحُرُّ أَحَدَ وَالِدَيْهِ أَوْ مَوْلُودِيهِ . . عَتَقَ عَلَيْهِ ، وَثَبَتَ لَهُ عَلَيْهِ الْوَلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِ فَثَبَتَ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ بَاشَرَ عَتَقَهُ .

مسألةٌ : [الولاء للمسلم في عتقه الكافر] :

وَإِنْ أَعْتَقَ مُسْلِمٌ عَبْدًا كَافِرًا . . ثَبَتَ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « أَلْوَلَاءُ لُحْمَةٍ كُلُّحِمَةٍ أَلْتَسَّبَ » . فَشَبَّهَ الْوَلَاءَ بِالتَّسَبُّبِ ، وَالتَّسَبُّبُ يَثْبُتُ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ ، فَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ ، وَلَكِنْ لَا يَرِثُهُ الْمَوْلَى . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : يَرِثُهُ .
دَلِيلُنَا : قَوْلُهُ ﷺ : « لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ » ^(١) .

(١) أَخْرَجَهُ عَنْ جَابِرِ التِّرْمِذِيِّ (٢١٠٩) فِي الْفَرَائِضِ وَقَالَ : هَذَا حَدِيثٌ لَا نَعْرِفُهُ مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ إِلَّا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَفِي الْبَابِ :

رَوَاهُ عَنْ ابْنِ عَمْرٍو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَبُو دَاوُدَ (٢٩١١) ، وَابْنُ مَاجَهَ (٢٧٣١) فِي الْفَرَائِضِ ، وَزَادَ نَسْبَتَهُ الْحَافِظُ فِي « تَلْخِصِ الْحَبِيرِ » (٩٧/٣) إِلَى أَحْمَدَ وَالنَّسَائِي وَالْدَارَقُطْنِي وَابْنِ السَّكَنِ ، وَأَخْرَجَهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ الْبَزَارِيُّ بِلَفْظٍ : « لَا تَرِثُ مِلَّةٌ مِنْ مِلَّةٍ » وَفِيهِ عَمْرُ بْنُ رَاشِدٍ قَالَ : إِنَّهُ تَفَرَّدَ بِهِ وَهُوَ لِيَنِ الْحَدِيثِ . وَالْحَدِيثُ بِمَعْنَى « لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ » فَجَعَلَ الثَّانِي بَيَانًا لِلأَوَّلِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِالْمِلَّتَيْنِ : الْإِسْلَامَ وَالْكَفْرَ .

وإن أعتق كافرٌ عبداً مسلماً . ثبت له عليه الولاء ولا يرثه .

وقال مالك : (لا يثبت له عليه الولاء) .

ودليلنا : قوله ﷺ : « ألّولاءُ لمن أعتق » ولم يفرق .

وقوله ﷺ : « ألّولاءُ لُحمة كلِّ حمة النّسب » والنّسب يثبت مع اختلاف الدّين ، فكذلك الولاء .

فرع : [يبقى ولاء المعتق ولو صار حريباً] :

وإن أعتق المسلم عبداً نصرانياً ، فلحق النصراني بدار الحزب ، فسبي . لم يجز استرقاقه ؛ لأنّ في ذلك إبطال ما ثبت للمسلم من الولاء عليه .

فإن أعتق ذميّ عبداً ذميّاً ، فلحق العبد المعتق بدار الحزب ثم سبي . فهل يجوز استرقاقه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز ؛ لأنّ في ذلك إبطال ما ثبت لمولاه من الولاء ، وقد أمرنا بحفظ أموالهم كأموالنا .

والثاني : يجوز استرقاقه ؛ لأنّ السيّد لو لحق بدار الحزب . . لجاز استرقاقه ، فكذلك عبده .

فرع : [عتق حربي لحربي يثبت له الولاء] :

وإن أعتق حربيّ عبداً حربيّاً . صحّ عتقه ، وثبت له عليه الولاء .

وقال أبو حنيفة : (لا يصحّ عتقه ، ولا ولاية له عليه ، وله أن يوالي من شاء) .

دليلنا : أن كلّ من صحّ عتقه في عبده المسلم . . صحّ عتقه في عبده الكافر ،

كالمسلم . وإذا صحّ عتقه . . ثبت له عليه الولاء ؛ لقوله ﷺ : « ألّولاءُ لمن أعتق » ولهذا معتق .

مسألة : [الولاء للمعتق] :

ولا يثبت الولاء لغير المعتق ، فإن أسلم رجل على يد رجل . . لم يثبت له عليه الولاء .

وقال إسحاق بن راهويه ^(١) : يثبت له عليه الولاء .

دليلنا : قوله ﷺ : « أَلْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » فدلّ على أنّه لا ولاء لغير المعتق .

وإن ألتقط رجل لقيطاً . . لم يثبت له عليه الولاء .

وحكي عن عمر رضي الله عنه : أنّه قال للذي ألتقط لقيطاً : (لك ولاؤه ، وعلينا رضاءه) .

دليلنا : ما ذكرناه من الخبر ، وما روي عن عمر . . فيحتمل أنّه أراد بذلك ولاء حضائنه .

فرع : [أعتق سائبة فله ولاؤه] :

وإن أعتق عبداً سائبة ^(٢) . . عتق ، وكان ولاؤه له . وبه قال أبو حنيفة .

وقال مالك : (يعتق ، ولا يكون له ولا عليه ولاؤه ، وإنما يكون ولاؤه للمسلمين) .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ ﴾ [المائدة : ١٠٣] .

وقيل : إن المراد به : ما كانوا يعتقونه من السوائب .

ولأنّ عتقه صادف ملكه ، فكان الولاء له ، كما لو أطلق .

(١) في حاشية نسخة : (اختلفوا في راهويه وما أشبهه من نحو عمرويه ، وزنجويه ، ونفطويه : الكوفيون يقولون : راهويّه وعمرويه وزنجويّه وهو اختيار المحدثين ، وعند البصريين لا يجوز إلا راهويّه وعمرويه وزنجويّه . من « مشيخة سنن أبي داود » . لفظاً) .

(٢) السائبة : العبد يعتق ، ولا يكون لمعتقه عليه ولاء ، فيضع ماله حيث شاء ، وهو الذي قد ورد النهي عنه .

إِذَا ثَبِتَ هَذَا : فَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ سَائِبَةٌ . . كَانَ ذَلِكَ كُنَايَةً فِي الْعَتَقِ ، فَإِنْ نَوَى بِهِ الْعَتَقَ . . عَتَقَ ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ بِهِ الْعَتَقَ . . لَمْ يَعْتَقَ .

فرعٌ : [لا يباع الولاء ولا يوهب] :

ولا يصحُّ بيعُ الولاء ولا هبته ؛ لما روى ابنُ عمرَ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَلْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّهُمْةٍ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ » .

وروى ابنُ عمرَ : (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَعَنْ هِبَتِهِ)^(١) .
ولأنَّ الولاءَ كالنَّسَبِ ، والنَّسَبُ لا يصحُّ بيعُهُ ولا هبته ، فكذلك الولاءُ .

مسألةٌ : [ثبوت الميراث للمولى المعتق] :

قال الشافعي رحمه الله تعالى : (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ بِرَحِمٍ تَرُثُ . . فَاَلْمَوْلَى الْمَعْتِقُ) .

وجملةُ ذلك : أَنَّ الْوَلَاءَ يُورَثُ بِهِ ؛ لما روى ابنُ عمرَ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَلْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّهُمْةٍ النَّسَبِ » فَشَبَّهَ الْوَلَاءَ بِالنَّسَبِ ، والنَّسَبُ يُورَثُ بِهِ ، فكذلك الولاءُ .

وروى واثلةُ بنُ الأسقع : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « تَحُوزُ الْمَرْأَةُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ : عَتِيقَهَا ، وَلَقِيطَهَا ، وَوَلَدَهَا الَّذِي لَا عَنَتَ عَلَيْهِ »^(٢) .

(١) أخرجه عن ابن عمر رضي الله عنهما مالك في « الموطأ » (٧٨٣/٢) ، والشافعي في « ترتيب المسند » (٢٣٦/٢) و (٢٣٩) و (٢٤٠) ، والبخاري (٢٥٣٥) ، ومسلم (١٥٠٦) في العتق ، وأبو داود (٢٩١٩) في الفرائض ، والترمذي (١٢٣٦) ، والنسائي في « الصغرى » (٤٦٥٧) وإلى (٤٦٥٩) في البيوع ، وابن ماجه (٢٧٤٧) و (٢٧٤٨) في الفرائض .

(٢) أخرجه عن واثلة بن الأسقع أبو داود (٢٩٠٦) ، والترمذي (٢١١٦) ، وابن ماجه (٢٧٤٢) ، والدارقطني في « السنن » (٨٩/٣ و ٩٠) ، وصححه الحاكم في « المستدرک » (٣٤٠/٤ - ٣٤١) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٢٥٩/٦) في الفرائض .

قال الترمذي : حسن غريب لا يعرف إلا من هذا الوجه من حديث محمد بن حرب ، وفي =

فنصّ : على أنّ المرأة تَرِثُ عَتِيقَهَا لُيُبَّهَ بِهَا عَلَى الرَّجُلِ ؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ قَدْ يَرِثُ بِجَهَةِ وَلَا تَرِثُ بِهَا الْمَرْأَةُ ؛ فَإِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ تَرِثُ عَتِيقَهَا . فَالرَّجُلُ بِذَلِكَ أَوْلَى .
وَأَمَّا قَوْلُهُ : (وَلَقِيطَهَا) فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّهَا^(١) تَحْزُزُ مِيرَاثَهَا مِنْهُ إِذَا أَدَّعَتْ نَسَبَهُ .
إِذَا ثَبِتَ هَذَا : فَإِنَّ الْوَلَاءَ مُؤَخَّرٌ عَنِ النَّسَبِ .

فَإِذَا أَعْتَقَ الرَّجُلُ عَبْدًا ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ . . . كَانَ أَحَقُّ بِمِيرَاثِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ . . . وَرَثَةُ الْمَوْلَى الْمُعْتَقُ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ » فَشَبَّهَ الْوَلَاءَ بِالنَّسَبِ ، وَالْمَشْبَهُ بِالشَّيْءِ أَضْعَفُ مِنَ الْمَشْبَهِ بِهِ ، كَقَوْلِهِ ﷺ : « يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ »^(٢) وَتَحْرِيمُ النَّسَبِ الْمَشْبَهِ بِهِ أَقْوَى وَآكُذُ .

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : وَلِأَنَّ الْمُسْلِمِينَ أَجْمَعُوا عَلَى تَقْدِيمِ الْإِرْثِ بِالنَّسَبِ ، لَا نَعْلَمُ بَيْنَهُمْ خِلَافًا فِي ذَلِكَ .

وَإِنْ خَلَفَ الْمُعْتَقُ مَنْ لَهُ فَرَضٌ يَسْتَغْرِقُ جَمِيعَ تَرَكَّتِهِ . . . قَدَّمُوا عَلَى الْمَوْلَى ؛ لِأَنَّهُمْ إِذَا قَدَّمُوا عَلَى الْعَصَبَةِ الَّذِينَ يُقَدِّمُونَ عَلَى الْمَوْلَى . . . فَلَا يُقَدِّمُوا عَلَى الْمَوْلَى أَوْلَى .
وَإِنْ خَلَفَ مَنْ لَهُ فَرَضٌ لَا يَسْتَغْرِقُ جَمِيعَ التَّرَكَّةِ ، بَأَن مَاتَ وَخَلَفَ ابْنَةً أَوْ أُخْتًا . . . فَإِنَّ صَاحِبَ الْفَرَضِ يَأْخُذُ فَرَضَهُ وَالْبَاقِي لِلْمَوْلَى ؛ لِمَا رَوَى : (أَنَّ ابْنَةَ حَمْرَةَ أَعْتَقَتْ

= لَفْظُ : « الْمَرْأَةُ تَحْزُزُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ » .

(١) فِي نَسَخَتَيْنِ : (بِهَا) .

(٢) طَرَفٌ حَدِيثٌ أَخْرَجَهُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ الْبَخَارِيُّ (٢٦٤٥) فِي الشَّهَادَاتِ ، وَمُسْلِمٌ (١٤٤٧)

(١٣) فِي الرِّضَاعِ بِلَفْظِهِ . وَفِي الْبَابِ :

أَخْرَجَهُ عَنْ عَائِشَةَ مَالِكٌ فِي « الْمَوْطَأِ » (٦٠٧/٢) ، وَالشَّافِعِيُّ فِي « تَرْتِيبِ الْمُسْنَدِ »

(٥٩/٢) ، وَالْبَخَارِيُّ (٢٦٤٦) ، وَمُسْلِمٌ (١٤٤٤) ، وَالنَّسَائِيُّ فِي « الصَّغَرَى »

(٣٣١٣) ، وَابْنُ الْجَارُودِ فِي « الْمُتَّقَى » (٦٨٧) ، وَابِيهَقِي فِي « السِّنَنِ الْكَبْرَى »

(١٥٩/٧) . بِلَفْظِ : « إِنْ الرِّضَاعَةُ يَحْرُمُ مِنْهَا مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوَلَادَةِ » وَ : « يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ

مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوَلَادَةِ » .

مملوكاً لها فمات وخلف أبتته وأبنة حمزة ، فجعل النبي ﷺ لابنته النصف ، ولابنة حمزة النصف ^(١) .

فرع : [انتقال الولاء لعصبات المولى] :

فإن مات العبد المعتق وقد مات مولاؤه الذي أعتقه . . فإن ولأه ينتقل إلى عصبه مولاؤه ، فيكون الميراث لهم ؛ لأن المولى عصبه ، فجاز أن ترث عصبته ، كالأخ لما كان عصبه . . ورث عصبته ، وهو أبن الأخ ، كذلك المولى .

إذا ثبت هذا : فإن الولاء يكون لعصبه المولى دون سائر ورثته ؛ لأن الولاء يورث به ولا يورث ؛ لقوله ﷺ : « الولاء لخمّة كلخمّة النسب ، لا يباع ولا يوهب ، ولا يورث » .

فإذا مات العبد المعتق وخلف أبن مولاؤه وأبنة مولاؤه ، أو أخا مولاؤه وأخت مولاؤه . . فإن الميراث يكون لابن المولى دون أبنة المولى ، أو لأخ المولى دون أخت المولى . وبه قال كافة أهل العلم إلا شريحاً وطاووساً فإنهما قالا : لا ميراث ^(٢) بين أبن المولى وأبنة المولى ، أو بين أخ المولى وأخت المولى .

دليلنا : أن الإرث بالولاء إرث بالتعصيب المجرد دون الرحم ، والتعصيب لابن المولى وأخيه دون أبتته وأخته ، فإذا اجتمع مع أخته . . لم يعصبها ؛ لأن الذكر - الابن والأخ - إنما يعصب أخته ما دام النسب على قرب ، فإذا بعد . . لم يعصبها ، ولأن

(١) أخرجه عن ابن عباس الدارقطني في « السنن » (٨٣ / ٤ - ٨٤) في الفرائض . وفي الباب :

روى عن عبد الله بن شداد بن الهاد - أن بنت حمزة أعتقت - النسائي في « الكبرى » (٦٣٩٨) و (٦٣٩٩) ، وابن ماجه (٢٧٣٤) ، وسعيد بن منصور في « السنن » (١٧٣) و (١٧٤) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٣٣٩ / ٧ و ٣٤٠) في الفرائض .

قال في « تلخيص الحبير » (٩٣ / ٣) : وفي إسناده ابن أبي ليلى القاضي أعلمه النسائي بالإرسال ، وصحح هو والدارقطني الطريق المرسلة ، وصرح الحاكم في « المستدرک » في هذا الحديث بأن اسمها أمانة .

(٢) في نسخة : (ميراثه) .

الابن والأخ يُعَصَّبُ أخته في النَّسَبِ لِقُرْبِهِ ، وابنُ الأخ والعمُّ وابنُ العمِّ لا يُعَصَّبُ أخته لُبُعْدِهِ ، وابنةُ المولى وأخته أبعدُ من ابنةِ الأخ وابنةِ العمِّ ، فلذلك لَمْ تَرثْ^(١) .

وإنْ اجتمعَ ابنُ مولى وابنُ ابنِ مولى . . فإنَّ الميراثَ لابنِ المولى دونَ ابنِ ابنِ المولى . وبِهِ قَالَ أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ .

وقالَ شَرِيحُ وَطَاوُوسٍ : يَكُونُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ .

دَلِيلُنَا : مَا رَوَى عَنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ : أَنَّهُمْ قَالُوا : (الْوَلَاءُ لِلْكَبِيرِ)^(٢) . و(الْكَبِيرُ) الْأَقْرَبُ .

وَلَأَنَّ الْوَلَاءَ يُسْتَحَقُّ بِالتَّعَصُّبِ وَيُسْتَفَادُ بِهِ ، ثُمَّ الْإِبْنُ يُقَدِّمُ عَلَى ابْنِ الْإِبْنِ فِي الْمِيرَاثِ بِالنَّسَبِ ، فَكَذَلِكَ فِي الْمِيرَاثِ بِالْوَلَاءِ .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ابْنٌ مَوْلَى . . فَأَبْنُ ابْنِ الْمَوْلَى وَإِنْ سَفَلَ .

وإنْ اجتمعَ ابْنُ مَوْلَى وَأَبُو مَوْلَى . . فَاخْتَلَفَ النَّاسُ فِيهِ عَلَى ثَلَاثَةِ مَذَاهِبٍ :

فـ[الْأَوَّلُ] : مَذَهَبُنَا : أَنَّ الْمِيرَاثَ كُلَّهُ لَابْنِ الْمَوْلَى دُونَ أَبِي الْمَوْلَى . وبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ .

و[الثاني] : ذَهَبَ النَّخَعِيُّ وَالشَّعْبِيُّ وَأَبُو يَوْسَفَ وَأَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ إِلَى : (أَنَّ لِأَبِي الْمَوْلَى السُّدُسَ ، وَالْبَاقِيَ لِابْنِ الْمَوْلَى) .

و[الثالثُ] : ذَهَبَ الثَّوْرِيُّ إِلَى : أَنَّ الْمَالَ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ .

(١) فِي هَامِشِ نَسَخَةِ : (النَّظَرُ فِي مَنَعَ النِّسَاءِ الْإِرْثَ بِالْوَلَاءِ لِأَجْلِ عَدَمِ التَّعَصُّبِ ، وَلَيْسَ النَّظَرُ فِيهِ إِلَى الْقُرْبِ وَالْبُعْدِ) .

(٢) أَخْرَجَ خَيْرُ عَمْرِو وَعَلِيٌّ وَزَيْدُ عَبْدِ الرَّزَّاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » (١٦٢٣٨) ، وَالدَّارِمِيُّ فِي « السَّنَنِ » (٤٠٠/٢) ، وَابِيهَقِي فِي « السَّنَنِ الْكَبِيرِ » (٣٠٣/١٠) فِي الْوَلَاءِ ، بَابُ : الْوَلَاءُ لِلْكَبِيرِ . وَأَخْرَجَ خَيْرُ عُمَانَ ابِيهَقِي فِي « السَّنَنِ الْكَبِيرِ » (٣٠٣/١٠) ، وَذَكَرَهُ فِي « كِتَابِ الْعَمَالِ » (٢٩٦٩٦) .

وَفِي نَسَخَةِ زِيَادَةَ : (ابْنُ عَمْرٍو) وَقَدْ ذَكَرَهُ عَنْهُ ابْنُ قِدَامَةَ فِي « الْمَغْنِيِّ » (٣٧٦/٦) فِي الْوَلَاءِ .

دليلنا : ما روي : (أَنَّ عَلِيًّا وَالزَّبِيرَ اخْتَصَمَا إِلَى عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْقَضِيَّةِ ، فَحُكِمَ عُمَرُ أَنَّ الْمِيرَاثَ لِابْنِ الْمَوْلَى دُونَ أَبِي الْمَوْلَى) . وروى ذلك عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ^(١) .

وَلَأَنَّ الْوَلَاءَ إِنَّمَا يُورَثُ بِالتَّعْصِيبِ الْمَخْصَرِ ، بِدَلِيلٍ : أَنَّ ابْنَةَ الْمَوْلَى وَأَخْتَهُ لَا يَرْتَانِ بِالْوَلَاءِ ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْإِبْنَ وَالْأَبَ إِذَا اجْتَمَعَا . . سَقَطَ تَعْصِيبُ الْأَبِ بِتَعْصِيبِ الْإِبْنِ ، وَإِنَّمَا يَبْقَى لَهُ حَقُّ الرَّحِمِ ، وَالْوَلَاءُ لَا يُورَثُ بِهِ بِالرَّحِمِ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا : فَإِنَّهُ إِذَا بَقِيَ أَحَدٌ مِنَ الْبَنِينَ وَإِنْ سَقَلَ . . فَإِنَّهُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأَبِ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْمِيرَاثِ بِالنَّسَبِ .

وإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ أَحَدٌ مِنَ بَنِي الْمَوْلَى وَهُنَاكَ أَبُو الْمَوْلَى . . كَانَ الْوَلَاءُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ هُنَاكَ أَحَدٌ مِنَ الْعَصَبَاتِ أَقْرَبَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ بَاقِيَ الْعَصَبَاتِ - غَيْرَ الْبَنِينَ - يُدْلُونَ بِالْأَبِ ، فَكَانَ مُقَدَّمًا عَلَيْهِمْ .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَبُو الْمَوْلَى . . نَظَرْتَ :

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ أَحَدٌ مِنَ إِخْوَةِ الْمَوْلَى وَلَا مِنْ بَنِيهِمْ ، وَهُنَاكَ جَدُّ مَوْلَى . . قُدِّمَ عَلَى عَمِّ الْمَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْعَمَّ يُدْلِي بِالْجَدِّ وَالْمُدْلِي بِهِ أَقْرَبُ مِمَّنْ يُدْلِي بِهِ ، ثُمَّ أَبُو جَدِّ الْمَوْلَى ، ثُمَّ جَدُّ جَدِّ الْمَوْلَى . . وَيُقَدَّمُ الْجَدُّ عَلَى أَعْمَامِ الْمَوْلَى وَبَنِيهِمْ .

وإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ جَدُّ الْمَوْلَى وَلَا أَحَدٌ مِنْ آبَائِهِ ، وَهُنَاكَ أَخُو الْمَوْلَى لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ ، أَوْ لِأَبِيهِ . . فَإِنَّ الْوَلَاءَ لَهُ دُونَ عَمِّ الْمَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْأَخَّ أَقْرَبُ مِنَ الْعَمِّ ؛ لِأَنَّهُ يُدْلِي بِالْأَبِ ، وَالْعَمُّ يُدْلِي بِالْجَدِّ .

فَإِنْ اجْتَمَعَ أَخُو مَوْلَى لِأَبٍ وَأُمٍّ ، وَأَخُو مَوْلَى لِأَبٍ . . فَالْمَشْهُورُ مِنَ الْمَذْهَبِ : أَنَّ أَخَا الْمَوْلَى لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ مُقَدَّمٌ عَلَى أَخِي الْمَوْلَى لِأَبِيهِ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْمِيرَاثِ فِي النَّسَبِ .

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ :

(١) روى خبر زيد من طريق سفيان بن أبي شيبة في « المصنف » (٣٩٤ / ٧) بلاغاً في الفرائض ، باب : رجل مات وترك ابنة وأباه .

أحدهما : هذا .

والثاني : أنهما سواء ؛ لأنَّ الأمَّ لا تَرثُ بالولاءِ ، فلا يَرْجُحُ بها .

وإنِ اجتمعَ أخو مولى لأبٍ وابنُ أخِي مولى لأبٍ وأمٍّ . فأخو المولى للأبِ أولى ؛ لأنَّه أقربُ .

وإنِ اجتمعَ ابنُ أخِي مولى لأبٍ وأمٍّ وابنُ أخِي مولى لأبٍ ، فإنَّ قُلْنَا : إنَّ أخا المولى للأبِ والأمِّ مقدَّمٌ على أخِي المولى للأبِ . قُدِّمَ ابنُ أخِي المولى للأبِ والأمِّ على ابنِ أخِي المولى للأبِ .

وإنَّ قُلْنَا : إنَّ الأخوينِ سواءٍ . . . كَانَ أبناهما سواءٍ أيضاً . وأمَّا أخو المولى للأمِّ : فلا ولاءَ له ؛ لأنَّ الولاءَ يُستَحَقُّ بالتعصُّبِ ، ولا تعصُّبَ له .

وإنِ اجتمعَ جدُّ مولى وأخو مولى . . ففيهِ قولانِ :

أحدهما : أنهما سواءٍ . وبه قالَ الأوزاعيُّ وأبو يوسفَ ومحمَّدُ وأحمدُ وإسحاقُ ؛ لأنَّ هذا كميَّاتِ المالِ ، ثمَّ ثبتَ أنَّهما في ميراثِ المالِ سواءٍ ، فكذلكَ في الميراثِ بالولاءِ .

والثاني : أنَّ الأخَّ يقدِّمُ على الجدِّ .

قالَ القاضي أبو الطَّيِّبِ : وهو المشهورُ مِنَ المذهبِ ؛ لأنَّ الشافعيَّ رحمه الله تعالى قالَ : (القياسُ يقتضي : أنَّ الأخَّ أولى بالميراثِ مِنَ الجدِّ وتعصُّبُهُ أقوى ؛ لأنَّه ابنُ أبي الميتِ والجدُّ أبو أبي الميتِ ، وتعصُّبُ البنوةِ أقوى مِنَ تعصُّبِ الأبوةِ) غيرَ أنَّ الصحابةَ أجمعتُ في الميراثِ بالنَّسَبِ على أنَّ الأخَّ لا يُقدِّمُ ، بلَّ منهم مَنْ قالَ : الجدُّ أولى . ومنهم مَنْ جعلهما سواءً^(١) ، فتركنا القياسَ لهذا الإجماعِ .

وأمَّا الولاءُ : فلا إجماعَ فيه عَنِ الصحابةِ ، فاستعملنا القياسَ فيه ، فإذا قُلْنَا : إنَّهما سواءٍ فأجتمعَ جدُّ وإخوةٌ . . قاسموهُ على عَدَدِ رؤوسِهِمْ^(٢) .

(١) في (م) : (جعله بينهما) .

(٢) وفي هامش نسخة : (قال ابن اللبَّان : القياسُ عندي أن يعاد به كالإرث بالنسب ، ولا فرق بينهما . « الشامل ») .

وإن اجتمع جدُّ مولى ، وأخو مولى لأبٍ وأم ، وأخو مولى لأبٍ ، وقلنا : إنَّ الأخَّ للأبِّ والأمِّ ، يُقدَّمُ على الأخِّ للأبِّ إذا اجتمعوا . فإنَّ المالَ يكونُ بينَ جدِّ المولى وأخي المولى لأبيه وأمِّه ، ولا يُعادُ الجدُّ بالأخِّ للأبِّ .
وقال أبو العباس ابنُ سريج : فيه نظرٌ .

وإن اجتمع جدُّ مولى وأبْنُ أخِي مولى ، فإنَّ قلنا : إنَّ جدَّ المولى وأخا المولى يفتسِمَانِ المالَ . . . قُدِّمَ جدُّ المولى على أبْنِ أخِي المولى ؛ لأنَّه أقربُّ منه . وإنَّ قلنا : إنَّ أخا المولى يُقدَّمُ على جدِّ المولى . . . قُدِّمَ أبْنُ أخِي المولى على جدِّ المولى .
وإن اجتمع جدُّ مولى وعمُّ مولى . . . قُدِّمَ الجدُّ قولاً واحداً ؛ لأنَّ العمَّ يُدلي بالجدِّ ، فكانَ أقربُّ منه .

فإنَّ اجتمعَ جدُّ أبي مولى وعمُّ مولى . . . فعلى القولين في الجدِّ والأخ ، فإنَّ قلنا : إنَّ أخا المولى أولىُّ منَ جدِّ المولى . . . قُدِّمَ عمُّ المولى وبنوه على جدِّ أبي المولى . وإنَّ قلنا : إنَّ جدَّ المولى وأخا المولى سواء . . . كانَ جدُّ أبي المولى وعمُّ المولى سواء .
فإنَّ لم يكنْ هناك أحدٌ منَ إخوةِ المولى ولا منَ أجدادِ المولى ، وهناك أحدٌ منَ أعمامِ المولى . . . كانَ الولاءُ له ، ثمَّ ينتقلُ إلى بني أعمامِ المولى ، الأقربُّ فالأقربُّ .
فإنَّ لم يكنْ هناك مولى ولا عصبَةُ مولى ، وهناك مولى مولى . . . كانَ الولاءُ له ، ذكرًا كانَ أو أنثى ؛ لأنَّ النعمةَ متصلةٌ به ؛ لأنَّه : لولا النعمةُ على الأوَّلِ بالعتق . . . لم يحصلْ منه النعمةُ على غيره .

فإنَّ كانَ مولى المولى قد مات . . . كانَ الولاءُ لعصبَةِ مولى المولى ، يقدَّمُ الأقربُّ فالأقربُّ منهم ، كما قلنا في عصبَةِ المولى .

فإنَّ لم يكنْ للميتِ مولى مولى ولا عصبَةُ مولى مولى ، ولكنَّ كانَ هناك مولى لمولى المولى . . . كانَ الولاءُ له ؛ لما ذكرناه في مولى المولى ، ثمَّ ينتقلُ الولاءُ بعدَ موتِ مولى المولى إلى عصبته ، الأقربُّ فالأقربُّ .

وإنَّ لم يكنْ للميتِ عصبَةُ ولا له مولى باشرَ عتقه ، ولكنَّ هناك مولى لعصبَةِ هذا الميتِ . . . نظرتُ :

فَإِنْ كَانَ مَوْلَى لِمَنْ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ مِنْ عَصْبَتِهِ كَمَوْلَى أَخِيهِ ، أَوْ مَوْلَى مَنْ هُوَ أَسْفَلُ مِنْهُ كَمَوْلَى ابْنِهِ أَوْ ابْنِ ابْنِهِ . . لَمْ يَرِثِ الْمَوْلَى هَذَا الْمِيتَ .

وَإِنْ كَانَ مَوْلَى أَبِيهِ أَوْ مَوْلَى جَدِّهِ . . وَرِثَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَمَ عَلَى أَبِيهِ وَجَدَّهُ مَنْعَمٌ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ مَنْ أَنْعَمَ عَلَى أَخِيهِ أَوْ ابْنِهِ مَنْعَمًا عَلَيْهِ .

وهكذا : إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمِيتِ عَصْبَةٌ ، وَلَا مَوْلَى عَصْبَةٍ^(١) ، وَلَا مَوْلَى مَوْلَى ، وَلَكِنْ خَلَّفَ مَوْلَى لِعَصْبَةِ مَوْلَى ، أَوْ مَوْلَى عَصْبَةِ مَوْلَى مَوْلَى ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْعَصْبَةُ الَّذِي لَهُ الْمَوْلَى أَبًا أَوْ جَدًّا لِمَوْلَاهُ . . وَرِثَ ذَلِكَ الْمَوْلَى ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْعَصْبَةُ ابْنَهُ أَوْ ابْنَ ابْنِهِ أَوْ أَخَاهُ . . لَمْ يَرِثْ ذَلِكَ الْمَوْلَى ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْفَرْقِ .

فَإِنْ أَعْتَقَ رَجُلٌ عَبْدًا ، أَوْ أَعْتَقَ آخَرَ أَبَاهُ وَأَعْتَقَ آخَرَ جَدَّهُ ، ثُمَّ مَاتَ الْمَعْتَقُ الْأَسْفَلُ . . وَرِثَهُ عَصْبَتُهُ مِنْ مَنَاسِبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصْبَةٌ . . فَمِيرَاثُهُ لِمَوْلَاهُ الَّذِي أَعْتَقَهُ ، ثُمَّ لِعَصْبَةِ مَوْلَاهُ ، ثُمَّ لِمَوْلَى مَوْلَاهُ ، ثُمَّ لِعَصْبَةِ مَوْلَى مَوْلَاهُ ، فَإِنْ أَنْقَرُوا . . قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : فَإِنَّ مَالَهُ يَنْتَقِلُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَلَا يَنْتَقِلُ إِلَى مَوْلَى أَبِيهِ وَلَا إِلَى مَوْلَى جَدِّهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ وِلَاةٌ لِمَعْتَقٍ بَاشَرَ عَتَقَهُ . . لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ وِلَاةٌ لِمَوَالِي أَبِيهِ وَلَا لِمَوَالِي جَدِّهِ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ عَلَيْهِ الْوِلَاةُ لِمَوَالِي أَبِيهِ . . إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ وِلَاةٌ فِي نَفْسِهِ لِمَنْ بَاشَرَ عَتَقَهُ .

فرع : [الولاء ينقسم على العصبات] :

قد ذكرنا أَنَّ الْوِلَاةَ لِلْكَبِيرِ مِنَ الْعَصْبَةِ^(٢) ، وَهُوَ الْأَقْرَبُ .

قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ : فَإِنْ أَعْتَقَ رَجُلٌ عَبْدًا ، ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ وَخَلَّفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الْبَنِينَ الثَّلَاثَةِ وَخَلَّفَ أَبْنَاءً ، ثُمَّ مَاتَ الثَّانِي وَخَلَّفَ أَرْبَعَةَ بَنِينَ ، وَمَاتَ الثَّلَاثُ وَخَلَّفَ خَمْسَةَ بَنِينَ ، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمَعْتَقُ وَلَا مَنَاسِبَ لَهُ . . كَانَ مَالُهُ بَيْنَ الْعَشْرَةِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ الْعُشْرُ مِنْهُ .

(١) فِي نَسَخَتَيْنِ : (وَلَا عَصْبَةَ مَوْلَى) .

(٢) فِي (م) : (الْعَصَبَاتِ) .

وَلَوْ ظَهَرَ لِجَدِّهِمْ مَالٌ لَمْ يَقْتَسِمُهُ أَوْلَادُهُ الثَّلَاثَةُ . . كَانَ لِلَّذِي هُوَ أَبْنُ وَحْدَهُ :
الثُّلُثُ ، وَلِلْأَرْبَعَةِ : الثُّلُثُ ، وَلِلْخَمْسَةِ : الثُّلُثُ .

والفرق بينهما : أَنَّهُمْ يَتَلَقَّوْنَ الْإِرْثَ بِالْوَلَاءِ عَنْ جَدِّهِمْ وَهُمْ مُتَسَاوُونَ فِي الْإِدْلَاءِ
إِلَيْهِ ، وَيَتَلَقَّوْنَ الْإِرْثَ بِالنَّسَبِ عَنْ آبَائِهِمْ ، وَقَدْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الثَّلَاثَةِ الْأَوْلَادِ مَلَكٌ
ثُلُثَ مَالِ الْمَعْتَقِ ، فَأَنْتَقَلَ مَا مَلَكَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِلَى أَوْلَادِهِ .

فَرْعٌ : [يمنع الأسفل الأعلى] :

الْمَوْلَى مِنْ أَسْفَلَ لَا يَرِثُ الْمَوْلَى مِنْ أَعْلَى . وَبِهِ قَالَ كَافَّةُ أَهْلِ الْعِلْمِ .
وَرَوَى عَنْ طَاوُوسٍ وَشَرِيحٍ : أَنَّهُمَا قَالَا : إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ عَصَبَةٌ وَلَا مَوْلَى مِنْ
أَعْلَى وَلَا عَصَبَةٌ مَوْلَى . . وَرِثَةُ الْمَوْلَى مِنْ أَسْفَلَ .
دَلِيلُنَا : قَوْلُهُ ﷺ : « الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » فَجَعَلَ الْوَلَاءُ لِلْمُنْعَمِ لَا لِلْمُنْعَمِ عَلَيْهِ .

مَسْأَلَةٌ : [الولاء لمولى الأم المعتقة] :

إِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ بِمَعْتَقَةٍ لَأَخَرَ فَأُولَدَ مِنْهَا وَلَدًا . . فَإِنَّ الْوَلَدَ يَنْعَقِدُ حَرًّا تَبَعًا لِحُرِّيَّةِ
أُمِّهِ ، وَيَكُونُ وَلَا يَكُونُ هَذَا الْوَلَدُ لِمَوْلَى أُمِّهِ مَا دَامَ الْأَبُ مَمْلُوكًا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا صَارَ حَرًّا لِحُرِّيَّةِ
أُمِّهِ وَقَدْ عَتَقَتْ بِإِعْتَاقِ سَيِّدِهَا لَهَا ، فَكَانَ إِعْنَامُهُ عَلَيْهَا إِعْنَامًا مِنْهُ عَلَى وَلَدِهَا .

فَإِنْ أَعْتَقَ الْأَبُ وَالْوَلَدُ حَيًّا . . فَإِنَّ وَلَا يَكُونُ الْوَلَدُ يَنْجَرُ عَنْ مَوْلَى أُمِّهِ إِلَى مَوْلَى أَبِيهِ .

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : وَقَوْلُ السَّلَفِ فِي هَذَا : (يَنْجَرُ الْوَلَاءُ) مَجَازٌ ؛ لِأَنَّ
الْوَلَاءَ لَا يَنْجَرُ ، وَإِنَّمَا يَبْطُلُ الْوَلَاءُ الَّذِي عَلَيْهِ لِمَوْلَى الْأُمِّ ، وَيُثْبِتُ عَلَيْهِ الْوَلَاءُ لِمَوْلَى
الْأَبِ بِإِعْتَاقِهِ الْأَبَ .

وبهذا قَالَ عَمْرُو وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ وَأَبْنُ مَسْعُودٍ وَأَبْنُ الزُّبَيْرِ ، وَمِنْ الْفُقَهَاءِ : الْأَوْزَاعِيُّ
وَمَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ وَالثَّوْرِيُّ وَأَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ .

وَذَهَبَ عِكْرَمَةُ وَمُجَاهِدُ وَالزَّهْرِيُّ : إِلَى أَنَّ الْوَلَاءَ لَا يَنْجَرُ عَنْ مَوْلَى الْأُمِّ بِحَالٍ .

وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا قُلْنَا : إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ .

فروى عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : أَنَّهُمَا قَالَا : (يَجُزُّ الْآبُ وَلَاءٌ وَلَدُهُ إِلَى مَوْلَى نَفْسِهِ)^(١) .

وروى عبد الرحمن بن حاطب : (أَنَّ الزُّبَيْرَ قَدِمَ خَيْبَرَ فَرَأَى فَتِيَةً لُعْسًا ، فَأَعَجَبَهُ طَرَفُهُمْ وَجَمَالُهُمْ ، فَسَأَلَ عَنْهُمْ ، فَقِيلَ لَهُ : إِنَّهُمْ مَوَالٍ لِرَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ ، وَأَبُوهُمْ مَمْلُوكٌ لِفُلَانٍ ، فَمَضَى وَاشْتَرَى أَبَاهُمْ وَأَعْتَقَهُ ، ثُمَّ قَالَ لَهُمْ : أَنْتَسِبُوا إِلَيَّ فَإِنِّي مَوْلَاكُمْ ، فَقَالَ رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ : هُمْ مَوَالِيَّ ؛ لِأَنَّهُمْ بَعَتُوا أُمَّهُمْ عَتَقُوا ، فَأَخْتَصَمَا إِلَى عَثْمَانَ بْنِ عَفَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَضَى بِوَلَايَتِهِمُ لِلزُّبَيْرِ ، وَلَمْ يُخَالَفْهُ أَحَدٌ)^(٢) .

والظاهر : أَنَّ هَذَا أُنْتَشَرَ فِي الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُنْكَرْهُ أَحَدٌ ، وَلَا أَظْهَرَ رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ الْخِلَافَ فِي ذَلِكَ ، بَلْ سَكَتَ ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ رَجَعَ ، وَأَنَّهُ إِجْمَاعٌ .

وَلَأَنَّ الْوَلَدَ إِنَّمَا يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي الْوَلَاءِ مَا دَامَ الْآبُ مَمْلُوكًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوَلَايَةِ وَالْوَلَاءِ لِكَوْنِهِ رَقِيقًا ، فَصَارَ كَالْوَلَدِ الَّذِي يَأْتِي بِهِ مِنَ الزُّنَا .

فَإِذَا أُعْتِقَ الْآبُ . . . يَتَّبِعُ الْوَلَدُ الْآبَ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ الْوَالِدَ فِي النَّسَبِ دُونَ الْأُمِّ ، بِدَلِيلٍ : أَنَّ وَلَدَ الْهَاشِمِيِّ مِنَ الْعَامِيَّةِ هَاشِمِيٌّ ، وَوَلَدَ الْعَامِيَّةِ مِنَ الْهَاشِمِيَّةِ عَامِيٌّ .

فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ أَنْ يَتَّبَعَ الْآبَ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ مِنْ جِهَةِ النَّسَبِ . . . وَرَثَتُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ مِنْ جِهَةِ النَّسَبِ . . . وَرَثَتُهُ مَوْلَى أُمِّهِ . فَإِنْ أُعْتِقَ الْآبُ بَعْدَ ذَلِكَ . . . لَمْ

(١) أخرجه عن عمر عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٢٧٦) و (١٦٢٧٧) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٣٠٦ / ١٠) في الولاء .

وعن علي عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٢٨٠) ، والبيهقي في « السنن الكبرى » (٣٠٧ / ١٠) في الولاء .

(٢) أخرج خبر عبد الرحمن بن حاطب البيهقي في « السنن الكبرى » (٣٠٧ / ١٠) في الولاء . وعن محمد بن إبراهيم التيمي عبد الرزاق في « المصنف » (١٦٢٨١) و (١٦٢٨٤) ، وانظر ما بينهما .

لعساً : أي سوداً ، واللّمس : لون الشفة إذا كانت تضرب إلى السواد قليلاً .
قال البيهقي : هذا هو المشهور عن عثمان رضي الله عنه ، وروى عن الزهري عن عثمان منقطعاً بخلافه .

يَجْرُ وَلَاءُ الْوَلَدِ الْمَيِّتِ ؛ لِأَنَّ مَوْلَى الْأُمِّ قَدْ مَلَكَ ذَلِكَ الْمَالَ ، فَلَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْأَبَّ إِنَّمَا يَتَّبِعُهُ الْأَحْيَاءُ مِنْ وَلَدِهِ دُونَ الْأَمْوَاتِ .

فرعٌ : [تزوج معتقٌ بمعقَّةً لآخر] :

فَإِنْ تَزَوَّجَ مَعْتَقٌ لِرَجُلٍ بِمَعْتَقَةٍ لِرَجُلٍ آخَرَ فَأَوْلَدَهَا وَلَدًا . . فَإِنَّ الْوَلَدَ يَنْعَقِدُ حَرًّا وَلَاؤُهُ لِمَوْلَى أَبِيهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا .

فَإِنْ نَفَى الْأَبُّ نَسَبَ هَذَا الْوَلَدِ بِاللُّعَانِ . . صَارَ وَلَاؤُهُ لِمَوْلَى أُمِّهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَّبِعُ الْأَبَّ إِذَا كَانَ مَخْلُوقًا مِنْ مَائِهِ ، وَبِاللُّعَانِ أَثْبَتَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَخْلُوقٍ مِنْ مَائِهِ ، فَإِنْ أَكْذَبَ الْأَبُّ نَفْسَهُ بَعْدَ ذَلِكَ . . تَبِعَهُ الْوَلَدُ ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ لِمَوْلَى أَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ . . تَبِعَهُ^(١) الْوَلَدُ ، فَصَارَ كَمَا لَوْ لَمْ يُلَاعِنِ .

وَإِنْ تَزَوَّجَ مَعْتَقٌ لِرَجُلٍ بِمَعْتَقَةٍ لآخر ، فَأَوْلَدَهَا وَلَدَيْنِ ، فَنَفَاهُمَا الْأَبُّ بِاللُّعَانِ ، ثُمَّ قَتَلَ أَحَدَ الْإِبْنَيْنِ أَخَاهُ الْآخَرَ وَلَا عَصَبَةَ لِلْمَقْتُولِ . . كَانَ لِأُمِّهِ الثُّلُثُ ، وَمَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ لِمَوْلَى أُمِّهِ . فَإِنْ أَكْذَبَ الْأَبُّ نَفْسَهُ بَعْدَ ذَلِكَ . . قُبِلَ قَوْلُهُ ، وَلِحَقُّهُ النَّسَبُ ، وَاسْتَرْجَعَ مَا أَخَذَهُ مَوْلَى الْأُمِّ مِنْ تَرَكَةِ الْمَقْتُولِ ؛ لِأَنَّ نَسَبَ الْمَقْتُولِ لِحَقِّهِ بِإِكْذَابِهِ نَفْسَهُ .

فَإِنْ قِيلَ : لَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ فِي اسْتِحْقَاقِهِ لِلْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ مَتَّهِمٌ . . قُلْنَا : لَمَّا قُبِلَ قَوْلُهُ فِي ثُبُوتِ النَّسَبِ مِنْهُ . . اسْتَحَقَّ الْمَالَ ، كَمَا لَوْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ وَكَانَ فَقِيرًا مُحْتَاجًا ، فَإِنَّهُ يَلْحَقُهُ نَسَبُ الْوَلَدِ ، وَيَجِبُ عَلَى الْإِبْنِ^(٢) نَفَقَتُهُ ، وَلَا يَقَالُ : لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي اسْتِحْقَاقِهِ النِّفَقَةَ لِأَنَّهُ مَتَّهِمٌ .

فرعٌ : [تزوج بمعقَّة لآخر فأولدها ففقد ثم عتق] :

وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ بِمَعْتَقَةٍ لآخر فَأَوْلَدَهَا وَلَدًا ، ثُمَّ فَقَدَ الْأَبَّ^(٣) ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ خَرَجَهُمَا أَبْنُ اللَّبَانِ :

(١) فِي (م) : (بَيْع) .

(٢) فِي نَسْخَةِ (الْأُم) .

(٣) فِي (م) : (الْعَبْد) .

أحدهما : أَنَّهُ لَا يَجْرُ وَلَاءٌ وَلَدِهِ إِلَى مَوْلَى نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ أَنَّ الْعَتَقَ لِحَقِّهِ .
والثاني : أَنَّ وَلَاءَ الْوَلَدِ يَكُونُ مَوْقُوفًا ، فَإِنْ بَانَ أَنَّ الْأَبَّ كَانَ حَيًّا يَوْمَ أُعْتِقَ . . جَرَّ
وَلَاءَ وَلَدِهِ . وَإِنْ بَانَ أَنَّهُ كَانَ مَيِّتًا ، أَوْ مَضَتْ مَدَّةٌ لَا يَعْيشُ مِثْلُهُ إِلَيْهَا قَبْلَ الْعَتَقِ . . ثَبَتَ
وَلَاءُ الْوَلَدِ لِمَوْلَى أُمِّهِ ؛ لِأَنَّا قَدْ حَكَمْنَا بِمَوْتِ الْأَبِّ قَبْلَ الْعَتَقِ .

فِرْعُ : [تزوج عتيقة لآخر وأبوه مملوك] :

وإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ بِمَعْتَقَةٍ لآخر فأولدها ولداً ، ولهذا الزوج أب مملوك . . فَإِنْ
الولد حرّاً تبعاً لأُمِّهِ ، وَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى أُمِّهِ . فَإِنْ أُعْتِقَ أَبُو الزَّوْجِ - وَهُوَ جَدُّ هَذَا الْوَلَدِ -
فَهَلْ يَجْرُ وَلَاءُ وَلَدِ وَلَدِهِ ؟ اختلف أصحابنا فيه :

فَقَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ وَالشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ : فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ :

أحدها - وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِيَيْنِ : أَبِي حَامِدٍ ، وَأَبِي الطَّيِّبِ - : أَنَّهُ يَجْرُ وَلَاءُ وَلَدِ
وَلَدِهِ مَا دَامَ الْأَبُّ مَمْلُوكًا ، سِوَاءَ كَانَ الْأَبُّ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا ؛ لِأَنَّهُ يُنْسَبُ إِلَيْهِ كَمَا يُنْسَبُ إِلَى
الْأَبِّ ، فَجَرَّ وَلَاءُهُ كَالْأَبِّ .

فَإِذَا قُلْنَا بِهَذَا : فَأَعْتَقَ الْأَبُّ بَعْدَ ذَلِكَ . . جَرَّ وَلَاءُ الْوَلَدِ عَنْ مَوْلَى الْجَدِّ إِلَى مَوْلَى
الْأَبِّ ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى مِنَ الْجَدِّ فِي نَسَبِ الْوَلَدِ وَأَحْكَامِهِ .

والثاني - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي عَلِيٍّ بْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَأَبِي عَلِيٍّ الطَّبْرِيِّ - : أَنَّ الْجَدَّ لَا يَجْرُ
وَلَاءَ وَلَدِ وَلَدِهِ ، سِوَاءَ كَانَ الْأَبُّ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا ؛ لِأَنَّهُ يُدْلِي إِلَيْهِ بِوَاسِطَةٍ ، فَلَا يَجْرُ وَلَاءُهُ ،
كَالْأَخِ وَالْعَمِّ .

والثالث - وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ اللَّبَّانِ - : إِنْ كَانَ الْأَبُّ حَيًّا . . لَمْ يَجْرُ الْجَدُّ وَلَاءَ وَلَدِ
وَلَدِهِ . وَإِنْ كَانَ الْأَبُّ مَيِّتًا . . جَرَّ الْجَدُّ وَلَاءَ وَلَدِ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْأَبُّ مَيِّتًا . . اسْتَقَرَّ
جَرُّ الْجَدِّ ، وَإِذَا كَانَ حَيًّا . . لَمْ يَسْتَقَرَّ جَرُّ الْجَدِّ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْجَرَّ الْوَلَاءُ إِلَى مَنْ
لَا يَسْتَقَرُّ لَهُ عَلَيْهِ .

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ : إِنْ كَانَ الْأَبُّ مَيِّتًا . . جَرَّ الْجَدُّ وَلَاءَ وَلَدِ وَلَدِهِ وَجْهًا
وَاحِدًا . وَإِنْ كَانَ الْأَبُّ حَيًّا مَمْلُوكًا . . فَهَلْ يَجْرُ الْجَدُّ وَلَاءَ وَلَدِ وَلَدِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أحدهما - وهو قول مالك - : (أَنَّهُ يَجْرُ) .

والثاني - وهو قول أبي حنيفة ، وهو الأشبه - : (أَنَّهُ لَا يَجْرُ) . وَوَجْهُمَا مَا ذَكَرْنَاهُ .

وَقَالَ الْقَفَّالُ : إِنْ كَانَ الْأَبُ حَيًّا . فَإِنَّ الْجَدَّ لَا يَجْرُ وَلَا وَلَدُ وَلَدِهِ وَجْهًا وَاحِدًا .

وَإِنْ كَانَ الْأَبُ مَيِّتًا . فَهَلْ يَجْرُ الْجَدُّ وَلَا وَلَدُ وَلَدِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ .

مَسْأَلَةٌ : [تزوج بأمة لآخر فأولدها] :

إِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ بِأَمَةٍ لآخر فأولدها وَلَدًا . فَإِنَّ الْوَلَدَ يَكُونُ مَمْلُوكًا لِمَالِكِ الْأُمِّ ، فَإِنْ أَعْتَقَ مَوْلَى الْأُمَةِ هَذِهِ الْأَمَةَ وَلَدَهَا . ثَبَتَ لَهُ عَلَيْهِمَا الْوَلَاءُ .

فَإِنْ أَعْتَقَ مَوْلَى الْعَبْدِ عَبْدَهُ بَعْدَ ذَلِكَ . لَمْ يَجْرُ وَلَا وَلَدُهُ إِلَى مَوْلَاهُ ؛ لِأَنَّ الْأَبَ إِنَّمَا يَجْرُ وَلَا وَلَدُهُ إِلَى سَيِّدِ نَفْسِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ قَدْ مَسَّ الْوَلَدَ الرِّقُّ بَلْ خُلِقَ حُرًّا ، وَهَاهُنَا قَدْ مَسَّ الرِّقُّ وَأَنْعَمَ عَلَيْهِ بِالْعَتَقِ مَوْلَاهُ الَّذِي بَاشَرَ عَتَقَهُ ، فَكَانَ مَوْلَاهُ الَّذِي أَنْعَمَ عَلَيْهِ أَحَقُّ بِوَلَائِهِ مِمَّنْ أَنْعَمَ عَلَى أَبِيهِ .

فِرْعُ : [تزوج عبد بأمة آخر فعتقت] :

وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ بِأَمَةٍ لآخر ، فَأَعْتَقَ مَوْلَى الْأُمَةِ أَمَتَهُ وَلَمْ تَخْتَرْ فِرَاقَ الزَّوْجِ ، ثُمَّ أَعْتَقَ مَوْلَى الْعَبْدِ عَبْدَهُ ، ثُمَّ أَتَتْ الْجَارِيَةُ بِوَلَدٍ . فَإِنَّهُ يَكُونُ حُرًّا ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ موجوداً وَقَتَ الْعَتَقِ . فَقَدْ نَالَهُ الْعَتَقُ ، وَإِنْ حَدَثَ بَعْدَ الْعَتَقِ . فَهُوَ وَلَدُ حُرَّةٍ ، فَكَانَ حُرًّا . وَلِمَنْ يَكُونُ وَلَاؤُهُ ؟ يُنْظَرُ فِيهِ :

فَإِنْ وَلَدَتْهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ أَعْتَقَتِ الْأُمُّ . كَانَ وَلَاؤُهُ لِمَوْلَى أُمِّهِ ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّهُ كَانَ موجوداً وَقَتَ الْعَتَقِ ، وَقَدْ نَالَهُ الْعَتَقُ مِنْ مَوْلَى أُمِّهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ مَوْلَى الْأُمِّ بَعْدَ الْإِنْفِصَالِ .

فَإِنْ وَلَدَتْهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْ يَوْمِ عَتَقِ الْأُمُّ وَكَانَ الزَّوْجُ غَيْرَ مَمْنُوعٍ مِنْ وَطْئِهَا . فَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى أَبِيهِ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ أَنَّهُ كَانَ موجوداً يَوْمَ أَعْتَقَتِ الْأُمُّ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ حَدَثَ بَعْدَ ذَلِكَ .

وإن اختارت فراقه ساعة أُعْتِقَتْ ، أو أبانها زوجها ، ثم أعتقها سيدها ، ثم أُعْتِقَ الأب ، ثم أنت بولدٍ . . فإن الولد يكون حرّاً ؛ لأنه إمّا أن يكون موجوداً وقت العتق فعتق بالمباشرة ، أو حدث بعد العتق من حرّة فكان حرّاً .

إذا ثبت هذا : فإنّ ولاءه يكون لمولى أمّه دون موالى أبيه ؛ لأنها إن أنت به لأربع سنين فما دونها من وقت البيئته . . فإننا نلحقه بالزوج ويُحكّم بوجوده وقت العتق ، وإن أنت به لأكثر من أربع سنين من وقت البيئته . . فإننا نلحقه بالزوج . وإذا لم يكن أبناً له . . لم يُجَزَّ ولاؤه إلى موالیه .

فرع : [تزوج بمعتقة لآخر فأولدها ثم عتق] :

إذا تزوّج عبدٌ لرجلٍ بمعتقة لآخر فأولدها ولداً ثم أعتق الأب . . فقد ذكرنا أنّ ولاء الولد يكون لمولى أبيه ، ثم لعصبة المولى . فإن عديم مولى الأب ومن يرث بسببه من العصباء والموالى . . فإن مال الميت ينتقل إلى بيت المال ولا ينتقل إلى مولى أمّه . وحكي عن ابن عباس : أنّه قال : (يكون ذلك لمولى أمّه) .

دليلنا : هو أنّه لا خلاف إذا كان هناك عصبة للميت مناسبين أو عصبة لموالى أبيه . . لم يرث مولى الأم شيئاً . فإذا لم يكن له عصبة مناسبون ولا مولى ولا عصبة مولى . . فالمسلمون عصبته وعصبة موالیه ، فكانوا أحق بميراثه من مولى الأم .

مسألة : [تزوج من لا ولاء له بمعتقة] :

وإذا تزوّج حرّاً لا ولاء عليه بمعتقة لقوم وأولدها ولداً . . فإن الولد حرٌّ لا ولاء عليه لأحد ، سواء كان الأب عربيّ الأصل . أو أعجميّ الأصل وبه قال أبو يوسف . وقال أبو حنيفة : (إن كان الأب عربيّ الأصل . . فلا ولاء على الولد ، وإن كان أعجميّ الأصل . . ثبت الولاء على الولد لمولى أمّه) .

دليلنا : أنّ استدامة الشيء أكد من ابتدائه ، بدليل : أنّ الردة والعدة ينفيان ابتداء النكاح لضعفه ، ولا ينفيان استدامته لقوّته ، ثم ثبت أنّ ابتداء حرّية الأب تُسقط الولاء

الثابت لمولى الأم . . فكانت أستاذة حرّيته أولى بأن تمنع الولاء لمولى الأم .

وإن تزوّج رجل مجهول النسب ، إلا أنه محكوم بحرّيته في الظاهر بمعتقة لرجل فأولدها ولداً ، فهل يكون على هذا الولد ولّاء لمولى أمّه ؟ فيه وجهان :

قال أبو العباس ابن سريج : لا ولّاء عليه كالعربي المعروف بالنسب .

وقال ابن اللبان : ثبت عليه الولاء لمولى أمّه ؛ لأن الشافعي رحمه الله تعالى قال : (أرايتُم المولاة المعتقة تلد من مملوك أو ممتن لا يعرف ، أليس يكون ولّاء ولدها تبعاً لولائها ؟) .

ولو أنّ حرّاً حربياً معروف النسب كان تحت حرة مُعتقة فأولدها ولداً . . فلا ولّاء على هذا الولد لمولى أمّه ؛ لأنّ أباه حرٌّ لا ولّاء عليه في الحال ، وإن كان يجوز أن يُسترق ويُعتق . . فيثبت عليه الولاء ، إلا أنه في الحال معروف النسب لا ولّاء عليه ، وكما يجوز أن يُسترق . . يجوز أن يموت على كفره قبل الاسترقاق ، ويجوز أن يُسلم فتستقرّ حرّيته .

فرع : [تزوج بحرة فأنت بولد فلا ولّاء عليه] :

وإن تزوّج عبدٌ لرجل بحرة الأصل فأنت منه بولد . . فالولد حرٌّ لا ولّاء عليه .

فإن عتق الأب بعد ذلك : قال البندنجي : فإن مُعتق الأب يكون لهذا الولد مولى عصبية ، فيرثه عند عدم ورثته من النسب .

وإن تزوّج مولى قوم بحرة الأصل فأنت منه بولد . . ففيه وجهان :

أحدهما : لا يثبت على الولد الولاء لمولى أبيه ؛ لأنّ أحد أبويه حرٌّ الأصل ، فلم يثبت عليه الولاء ، كما لو كان الأب حرّاً الأصل والأم معتقة .

والثاني : أنّ عليه الولاء لمولى أبيه ، وهو المنصوص في « البويطي » ؛ لأنّ الولد يتبع الأب في النسب دون الأم ، كما لو تزوّج العامي بهاشميّة . . فإنّ الولد عامي تبعاً لأبيه ، فكذلك هذا مثله .

فإن تزوّج عبدٌ بحرة معتقة وحرّة أصليّة ، فأولد من الحرّة المعتقة ولداً ، ثم مات

هذا الولد ولا واث له غير أمه ومولاها . . . كان لأمه الثلث ولمولى أمه الثلثان .

فإن ولدت الحرّة الأصلية ولداً بعد ذلك ، فإن وضعت له دون ستة أشهر من حين موت الولد الأول . . . كان هذا الولد أحق بالثلثين اللذين أخذهما مولى الأم فيسترجع من مولى الأم ؛ لأنه عصبه مناسب . وإن وضعت له لأكثر من ستة أشهر من حين موت الأول . . . لم يسترجع ذلك من مولى الأم ؛ لأنه يحتمل أن يكون الثاني موجوداً وقت موت الأول ، ويحتمل أنه حدث بعد ذلك ، والأصل عدمه .

فرع : [ثبوت الولاء لموالي الأم] :

قال القاضي أبو الطيب : فإن كان رجل حرّاً لم يعتق ، وأبوه وجدّه حرّين لم يعتقا ، وأمه معتقة ، وأم أبيه معتقة ، وأم جدّه معتقة ، وأبو جدّه مملوكاً . . . فإن الولاء لمولى أم جدّه ؛ لأنّ الجدّ إذا كان أبوه مملوكاً وأمه معتقة . . . ثبت عليه الولاء لمولى أمه ، وإذا ثبت الولاء على الجدّ لمولى أمه . . . ثبت على أولاده .

فلا يثبت لمولى أم أبيه^(١) على أبيه ولا ؛ لأنه تابع لأبيه وهو الجدّ فيما عليه من الولاء وعلى أولاده .

ولو كان أبو الجدّ حرّاً عريباً . . . لم يثبت عليه الولاء لمولى أمه ، ولا على أولاده وإن سفلوا .

وإن كان حرّاً مجهول النسب . . . كان في ثبوت الولاء عليه لمولى أمه وجهان ، مضى توجيههما .

فرع : [ثبوت الولاء لمولى الأم] :

قال القاضي أبو الطيب : وإذا كان رجل حرّاً لم يعتق ، وأبوه مملوك وأمه حرّة لم تعتق ، وأبوا الأم حرّان معتقان . . . كان الولاء عليه لمولى أبي الأم ؛ لأنّ الأم إذا كان

(١) في (م) : (لمولى أبيه) .

على أحد طرفيها ولأه. . . يجب أن يكون عليها ولأه مولى أبيها دون ولأه مولى أمها ،
وإذا ثبت عليها ولأه مولى أبيها . . . ثبت ذلك على أولادها وإن سفلوا ما لم يقع فيه حرّ
بإعتاق الأب .

وإن مات رجل حرّ لم يعتق ، وأبوه مملوك وأمّه حرّة لم تعتق ، وأمّ الأمّ حرّة
معتقة ، وأبو الأمّ حرّ لم يعتق ، وأمّ أبي الأمّ حرّة معتقة ، وأبو أبي الأمّ مملوك . . . ثبت
الولاء على الميت لمولى أم أبي أمّه ؛ لأنّ أبا الأمّ إذا ثبت عليه الولاء لمولى أمّه . . . ثبت
ذلك له على أولاده وإن سفلوا . فإذا مات هذا الرجل . . . كان ميراثه لمولى أبي أمّه دون
مولى أم أمّه .

ولو كان أبو أبي أمّه عريباً . . . لم يثبت الولاء عليه لموالي أم أبي أمّه .

ولو كان حرّاً مجهول النسب . . . فهل يثبت الولاء على ولده ؟ فيه وجهان ، مضى
ذكرهما .

فرع : [تزوج بمعتقة لآخر فأولدها فولده حرّ] :

وإن تزوّج عبدٌ لرجل بمعتقة لآخر فأولدها ولداً . . . فإنّ هذا الولد حرّ ، ويكون عليه
الولاء لمولى أمّه .

فإن بلغ هذا الابن ثم اشترى أباه . . . عتق عليه ، ومن حكم الأب إذا عتق أن يجزّ
ولأه ولده عن مولى أمّه إلى مولى نفسه ، واختلف أصحابنا في هذه [على قولين] :

ف[الأول] : منهم من قال : إنّ الأب لا يجزّ ولأه ولده هاهنا إلى مولاه عن مولى
أمّه ، بل يبقى ولأه مولى أمّه عليه ، وهو المنصوص ؛ لأنّ الأب لو جرّ ولأه ولده إلى
مولاه . . . لجرّه إلى ولده ؛ لأنّه مولاه ، والإنسان لا يملك الولاء على نفسه ، فبقى
ولأه مولى الأم كما كان .

والثاني - وهو قول أبي العباس - : أنّ الأب يجزّ ولأه الولد عن مولى أمّه ويسقط ؛
لأنّ عتق الأب يسقط الولاء عن مولى الأم .

فعلى قول أبي العباس^(١) : يكونُ هذا الولدُ حرّاً لا ولاءَ عليه ، وأبواهُ عليهما
الولاءُ . ويُتصوّرُ مثلُ هذا في موضعين :

أحدهما : إذا كانَ الإنسانُ كافراً فأسلمَ بعدَ بُلُوغِهِ وَلَهُ أَبَوَانِ كَافِرَانِ ، فُسَيِّبَا
وَأَسْتَرْقَا ، ثُمَّ أُعْتِقَا .

والثاني : إذا تزوّجَ عبدٌ بأمّةٍ لآخرَ ، وغرّه وَكَبِلَ سَيِّدَهَا بِحُرِّيَّتِهَا ، فَأَتَتْ مِنْهُ بَوْلِدٌ
قَبْلَ أَنْ يَعْلَمَ بِرَقَبَتِهَا . فَإِنَّهُ يَكُونُ حُرّاً ، ثُمَّ أُعْتِقَ الْعَبْدُ وَالْأُمّةُ ، فَإِنَّ هَذَا الْوَلَدَ يَكُونُ حُرّاً
لَا ولاءَ عَلَيْهِ ، وَأَبَوَاهُ مَوْلَيَيْنِ .

قال القاضي أبو الفتح : وهذه المسائلُ الثلاثُ لا توجدُ رابعةٌ في معناهِنَّ .

فإن قيلَ لك : رجلانِ كلُّ واحدٍ منهما مولى لصاحبه من فوقٍ . . قال أصحابنا :
فيُتصوّرُ ذلكُ : بأن يعتقَ الذمّيُّ عبداً ثُمَّ يَلْحَقَ السَيِّدُ بدارِ الحربِ فيسبي ، فيملكُهُ عتيقُهُ
ويعتقه فيثبتُ لكلِّ واحدٍ منهما على صاحبه الولاءُ وأَيُّهما مات . . ورثَهُ الآخرُ .

ويُتصوّرُ أيضاً : إذا تزوّجَ عبدٌ لرجلٍ بمعتقةٍ لآخرَ فأولدها ولدًا . . فإنَّ الولدَ حرٌّ ،
وولأؤهُ لِمَوْلَى أُمِّهِ .

فإن اشترى هذا الولدَ عبداً فأعتقه . . ثبتَ لَهُ عليه الولاءُ ؛ لأنَّهُ أعتقه . فإن اشترى
هذا العبدُ المعتقُ أباهُ سيِّدَهُ فأعتقه . . ثبتَ لَهُ عليه الولاءُ ، وجَزَّ الأبُ ولاءَ وَلَدِهِ عَنْ
مَوْلَى أُمِّهِ إِلَى مَوْلَى نَفْسِهِ ، ومولى الأبِ هو عتيقُ وَلَدِهِ ، فيكونُ كلُّ واحدٍ منهما مولى
لصاحبه من أعلى ، فإن ماتَ العبدُ المعتقُ . . فمألهُ للابنِ . وإن ماتَ الأبُ ثُمَّ ماتَ
الابنُ . . فمألهُ لِمُعْتِقِ أَبِيهِ وهو مولاهُ .

فإن ماتَ مُعْتِقُ الأبِ بعدَ ذلكَ ، فإن قلنا بقول أبي العباس : إنَّ الولدَ الذي إذا
اشترى أباهُ أسقطَ ولاءَ مَوْلَى أُمِّهِ عَنْ نَفْسِهِ . . فمألهُ مُعْتِقُ الأبِ لِبَيْتِ المَالِ وَلَا يَرِثُهُ مَوْلَى
أُمِّ الابنِ ؛ لأنَّ ولاءَهُ قَدْ انْتَقَلَ عَنْهُ .

وإن قلنا بالمنصوصِ ، وأنَّ الولدَ إذا اشترى أباهُ لا يسقطُ ولاءُ مَوْلَى أُمِّهِ عَنْ

(١) في (م) : (فعلى هذا) .

نَفْسِهِ . . فَإِنَّ مَالَ مَعْتِقِ الْأَبِ هَاهُنَا لِمَوْلَى أُمِّ الْإِبْنِ ؛ لِأَنَّ الْأَبَ يَجُزُّ وَلَاءَ ابْنِهِ إِلَى مَعْتِقِهِ ثُمَّ إِلَى عَصْبَتِهِ بَعْدَهُ ، فَإِذَا لَمْ تَكُنْ عَصْبَةٌ . . كَانَ الْإِبْنُ ^(١) هُوَ وَارِثُهُ لَوْ كَانَ حَيًّا ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَقُهُ . . فَإِذَا كَانَ مَيِّتًا . . وَرِثَهُ مَوْلَى أُمِّهِ .

فرعٌ : [تزوج بمعتقة فأتت بنت ثم تزوجها آخر] :

إِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ بِمَعْتَقَةٍ لآخرَ فَأَتَتْ مِنْهُ بِنْتٌ ، ثُمَّ تَزَوَّجَ هَذِهِ الْبِنْتُ عَبْدًا لآخرَ فَأَوْلَدَهَا وَلَدًا ، ثُمَّ مَاتَ هَذَا الْوَلَدُ . . وَرِثَتْ مِنْهُ الْأُمُّ مِيرَاثَهَا ، وَالْبَاقِي لِمَوْلَاةِ ، وَمَوْلَاةُ هُوَ مَوْلَى أُمِّهِ ، وَهُوَ مَوْلَى جَدَّتِهِ أُمِّ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّ مَنْ أَعْتَقَ جَارِيَةً . . فَلَهُ وَلَاؤُهَا وَلَوَاءُ وَلَدِهَا وَوَلَدِ وَلَدِهَا وَإِنْ سَفَلُوا مَا لَمْ يُعْتَقِ الْأَبُ ، وَأَبُو هَذَا الْوَلَدِ مَمْلُوكٌ لَمْ يُعْتَقِ . . فَإِنْ لَمْ يَمُتْ هَذَا الْوَلَدُ حَتَّى أَعْتَقَ جَدُّهُ أَبُو أُمِّهِ ، ثُمَّ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ أَبُوهُ . . انْتَقَلَ وَلَاءُ أُمِّهِ إِلَى مَوْلَى أَبِيهَا ^(٢) عَنْ مَوْلَى أُمِّهَا .

قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ : وَانْتَقَلَ وَلَاءُ الْوَلَدِ إِلَى مَوْلَى أُمِّهِ تَبَعًا لِأُمِّهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ تَابِعًا لَهَا . . وَجِبَ أَنْ يَنْتَقَلَ بِانْتِقَالِهِ .

قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : وَلَا يَخْتَلِفُ أَصْحَابُنَا أَنَّ أَبَا الْأُمِّ إِذَا أَعْتَقَ أَنَّهُ يَنْتَقِلُ وَلَاءُ وَلَدِ ابْنَتِهِ إِلَى مَوَالِيهِ تَبَعًا لِأُمِّهِ ، وَهَذَا يَدُلُّ فِي الْجَدِّ أَبِي الْأَبِ . . أَنَّ الصَّحِيحَ : أَنَّهُ يَجُزُّ وَلَاءَ وَلَدِ ابْنِهِ إِلَى مَوَالِيهِ .

فرعٌ : [كان مملوكاً لرجل وابنه لآخر فتزوج الأب معتقة الآخر] :

إِذَا كَانَ الرَّجُلُ مَمْلُوكًا لِرَجُلٍ وَلَهُ ابْنٌ مَمْلُوكٌ لآخرَ وَابْنُ ابْنٍ مَمْلُوكٌ لآخرَ ، فَتَزَوَّجَ ابْنُ الْإِبْنِ مُعْتَقَةً لآخرَ وَأَوْلَدَهَا وَلَدًا . . فَإِنَّ هَذَا الْوَلَدَ حُرٌّ ، وَلَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى أُمِّهِ . . فَإِنْ أَعْتَقَ بَعْدَ ذَلِكَ أَبُو هَذَا الْوَلَدِ وَجَدُّهُ وَجَدُّ أَبِيهِ . . أَنْجَرَ وَلَاءُ الْوَلَدِ عَنْ مَوْلَى أُمِّهِ إِلَى مَوْلَى أَبِيهِ دُونَ مَوْلَى جَدِّهِ وَجَدُّ أَبِيهِ .

(١) فِي (م) : (ابْنِهِ) .

(٢) فِي نَسْخَةِ : (أَبِيهِ) .

فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ وَلَا مَنَاسِبَ لَهُ . . كَانَ مَالُهُ لِمَوْلَى أَبِيهِ أَوْ لِعَصْبَةِ مَوْلَى أَبِيهِ ، فَإِنْ عُدِمَ مَوْلَى أَبِيهِ وَمَنْ يُدْلِي بِهِ مِنْ عَصْبَةِ أَوْ مَوْلَى . . فَمَالُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ ، وَلَا يَرْتُهُ مَوْلَى جَدِّهِ وَلَا مَوْلَى جَدِّ أَبِيهِ .

وَقَالَ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ : يَرْتُهُ مَوْلَى جَدِّهِ ، وَهَذَا غَلَطٌ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ عَصْبَاتُهُ أَوْ عَصْبَةُ مَوْلَى أَبِيهِ موجودين . . لَمْ يَرِثْ مَوْلَى جَدِّهِ ، فَإِذَا عُدِمُوا . . كَانَ الْمُسْلِمُونَ عَصْبَاتِهِ وَعَصْبَةُ مَوْلَى أَبِيهِ ، فَكَانُوا أَحَقَّ بِمِيرَاثِهِ مِنْ مَوْلَى جَدِّهِ .

فَرْعٌ : [اشترتا أباهما فعتق] :

أَبْتَانِ اشْتَرَا أَبَاهُمَا فَعَتَقَ عَلَيْهِمَا : فَإِنْ مَاتَ الْأَبُ . . كَانَ لِابْنَيْهِ الثُّلَاثَانِ بِالنَّسَبِ ، وَالْبَاقِي لِهَمَّا بِالْوَلَاءِ .

فَإِنْ مَاتَ إِحْدَاهُمَا بَعْدَ ذَلِكَ . . كَانَ لِأُخْتِهَا نِصْفُ مَالِهَا بِالنَّسَبِ ، وَالنِّصْفُ الْبَاقِي لِمَوْلَى أَبِيهَا ، وَمَوْلَى أَبِيهَا هِيَ الْابْنَةُ الْبَاقِيَةُ ، فَتَأْخُذُ نِصْفَهُ ، فَيَكُونُ لَهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مَالِهَا .

وَأَمَّا الرَّبْعُ الْبَاقِي ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِمَا وَلَا لِمَوْلَى أُمِّهِمَا . . كَانَ لِبَيْتِ الْمَالِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِمَا وَلَا لِمَوْلَى أُمِّهِمَا . . فَعَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : يَكُونُ لِمَوْلَى أُمِّهِمَا .

وَعَلَى قَوْلِ أَبِي الْعَبَّاسِ : يَكُونُ لِبَيْتِ الْمَالِ .

فَإِنْ مَاتَ إِحْدَاهُمَا قَبْلَ أَبِيهَا . . كَانَ مَالُهَا لِأَبِيهَا ، وَإِنْ مَاتَ الْأَبُ بَعْدَ ذَلِكَ . . كَانَ لِابْنَتِهِ الْبَاقِيَةُ سَبْعَةُ أَثْمَانِ الْمَالِ ، وَالثُّمْنُ لِبَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ لَهَا النِّصْفَ بِحَقِّ النَّسَبِ - وَهُوَ كَوْنُهَا بِنْتًا - وَلَهَا نِصْفُ الْبَاقِي بِحَقِّ وَلَائِهَا عَلَى الْأَبِ .

وَالرَّبْعُ الْبَاقِي : كَانَ يَكُونُ لِلْمَيْتَةِ بِحَقِّ وَلَائِهَا عَلَى الْأَبِ ، وَقَدْ جَزَّ الْأَبُ إِلَى ابْنَتِهِ الْحَيَّةِ بِنِصْفِ الْوَلَاءِ الَّذِي لَهَا عَلَيْهِ نِصْفٌ وَلَا لِمَيْتَةٍ ، فَاسْتَحَقَّتْ بِهِ نِصْفَ مَا كَانَ لَهَا - وَهُوَ : الثُّمْنُ - فَيَحْصُلُ لَهَا سَبْعَةُ أَثْمَانِ الْمَالِ ، وَالثُّمْنُ لِبَيْتِ الْمَالِ .

وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ بِمَعْتَقَةٍ لِآخَرَ فَأَوْلَدَهَا ابْنَتَيْنِ ، ثُمَّ اشْتَرَا أَبَاهُمَا . . فَإِنَّهُ يَعْتَقُ

عليهما . فَإِنْ مَاتَ الْآبُ . . كَانَ مَالُهُ لِابْنَتَيْهِ : الثَّلَاثَانِ بِالنَّسَبِ وَالْبَاقِي بِالْوَلَاءِ . فَإِنْ مَاتَتْ إِحْدَى الْابْتَيْنِ بَعْدَ ذَلِكَ . . فنَقَلَ الْمُزْنِيُّ أَنَّهُ : (يَكُونُ لِلْبَاقِيَةِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ مَالِهَا ، وَالرَّبْعُ لِمَوْلَى أُمِّهَا) .

ونَقَلَ الرَّبِيعُ وَالْبُويَاطِيُّ : (أَنَّ لَهَا سَبْعَةَ أَثْمَانِ الْمَالِ) ، وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهَا :

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الصَّحِيحُ مَا نَقَلَهُ الْمُزْنِيُّ : أَنَّ لَهَا ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْمَالِ ، وَالرَّبْعُ لِمَوْلَى الْأُمِّ . وَمَا نَقَلَهُ الرَّبِيعُ فَعَلَطَ فِي صُورَةِ الْمَسْأَلَةِ وَتَابَعَهُ الْبُويَاطِيُّ عَلَى ذَلِكَ .

وَالْمَسْأَلَةُ الَّتِي يَسْتَحِقُّ فِيهَا سَبْعَةَ أَثْمَانِ الْمَالِ هِيَ : إِذَا مَاتَتْ إِحْدَى الْابْتَيْنِ أَوَّلًا ، ثُمَّ مَاتَ الْآبُ بَعْدَ ذَلِكَ . . فَإِنَّ لِلْبِنْتِ الْبَاقِيَةَ سَبْعَةَ أَثْمَانِ الْمَالِ ، وَأَمَّا إِذَا مَاتَ الْآبُ أَوَّلًا ، ثُمَّ مَاتَتْ إِحْدَى الْابْتَيْنِ بَعْدَهُ . . فَإِنَّ لِلْبَاقِيَةِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعٍ مَالِهَا ، وَالرَّبْعُ لِمَوْلَى أُمِّهَا ؛ لِأَنَّ لَهَا نِصْفَ مَالِهَا بِكُونِهَا أُخْتًا ، وَلَهَا الرَّبْعُ بِمَا جَرَّهُ إِلَيْهَا الْآبُ مِنْ وَلَاءِ الْمَيِّتَةِ ؛ لِأَنَّ وَلَاءَ مَوْلَى الْأُمِّ كَانَ ثَابِتًا عَلَيْهِمَا ، فَلَمَّا عَتَقَ الْآبُ عَلَيْهِمَا . . جَرَّ إِلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا نِصْفَ وَلَاءِ أُخْتِهَا ، وَيَبْقَى لِمَوْلَى الْأُمِّ الرَّبْعُ بِمَا لَمْ يَجْرَهُ الْآبُ عَنْ وَلَاءِ الْمَيِّتَةِ .

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهَا قَوْلَانِ :

أَحَدُهُمَا : تَرُثُ الْابْنَةُ الْبَاقِيَةَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ مَالِ الْمَيِّتَةِ ، وَالرَّبْعُ لِمَوْلَى الْأُمِّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

وَالثَّانِي : تَرُثُ الْبَاقِيَةَ سَبْعَةَ أَثْمَانِ مَالِ الْمَيِّتَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَرُثُ نِصْفَ مَالِهَا بِكُونِهَا أُخْتًا ، وَتَرُثُ نِصْفَ الْبَاقِي - وَهُوَ : الرَّبْعُ - بِمَا جَرَّ الْآبُ إِلَيْهَا مِنْ وَلَاءِ أُخْتِهَا ، وَتَرُثُ نِصْفَ الْبَاقِي - وَهُوَ : الثُّمْنُ - لِأَنَّهَا مَوْلَاةٌ لِعَصْبَةِ الْمَيِّتَةِ ، وَهُوَ الْآبُ .

فِيحَصُلُ الْخِلَافُ بَيْنَ هَذَا الْقَوْلِ وَالْقَوْلِ الَّذِي قَبْلَهُ ، فِي أَنَّهَا هَلْ تَرُثُ لِكُونِهَا مَوْلَى الْعَصْبَةِ ، أَمْ لَا ؟ فَعَلَى الْأَوَّلِ : لَا تَرُثُ . وَعَلَى الثَّانِي : تَرُثُ بِهِ .

وَعَلَى قَوْلِ أَبِي الْعَبَّاسِ : أَنَّ الْآبَ يَجْرُ عَنْ مَوْلَى الْأُمِّ جَمِيعَ وَلَاءِ الْابْتَيْنِ ، فَالْقَدْرُ الَّذِي جَعَلْنَاهُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ الْأَوَّلِينَ لِمَوْلَى الْأُمِّ يَكُونُ لِبَيْتِ الْمَالِ .

فرع : [شقيقتان اشترت إحداهما الأب والأخرى الأم] :

قال القاضي أبو الطيب : ولو أَنَّ أُخْتَيْنِ لِأَبٍ وَأُمٍّ لَا وِلَاءَ عَلَيْهِمَا ، اشْتَرَتْ إِحْدَاهُمَا أَبَاهُمَا ، وَاشْتَرَتْ الْأُخْرَى أُمَّهُمَا . . يَعْتَقُ عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَا اشْتَرَتْ .

فَإِنْ مَاتَ الْأَبُ وَوَرِثَتْ أَبْنَتُهُ بِالنَّسَبِ الثَّلَاثِينَ ، وَالْبَاقِي لِلَّتِي أَعْتَقَتْهُ مِنْهُمَا . فَإِنْ كَانَتْ أُكُھمَا زَوْجَةً لَهُ . . وَرِثَتْ مَعَهُمَا الثَّمَنَ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ زَوْجَةً لَهُ . . فَلَا مِيرَاثَ لَهَا مَعَهُمَا^(١) .

وَإِنْ مَاتَ الْأُمُّ بَعْدَ ذَلِكَ . . كَانَ لِابْنَتِهَا الثَّلَاثِينَ بِالنَّسَبِ ، وَالْبَاقِي لِلَّتِي أَعْتَقَتْهَا .

فَإِنْ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ الْبَنْتُ الَّتِي أَعْتَقَتْ الْأُمُّ . . كَانَ لِلْبَاقِيَةِ النِّصْفُ بِالنَّسَبِ ، وَالْبَاقِي لَهَا مِيرَاثًا بِالْوِلَاءِ عَلَى أَبِيهَا ؛ لِأَنَّ ثَبُوتَ الْوِلَاءِ الَّذِي لَهَا عَلَى أَبِيهَا ، يَثْبُتُ عَلَى وَلَدِهِ .

وَإِنْ كَانَتْ الْمَيْتَةُ مَعْتَقَةَ الْأَبِ . . كَانَ لِمَعْتَقَةِ الْأُمِّ النِّصْفُ لِكُونِهَا أُخْتًا ، وَالْبَاقِي لَهَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا مَعْتَقَةُ أُمِّهَا ، وَمَوْلَاةُ أُمِّهَا مَوْلَانُهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا وِلَاءٌ مِنْ جِهَةِ مَعْتَقِهَا . وَعَلَى قَوْلِ أَبِي الْعَبَّاسِ : أَنَّ وِلَاءَ مَوْلَى الْأُمِّ يَبْطُلُ ، فَيَكُونُ الْبَاقِي لِبَيْتِ الْمَالِ .

فرع : [تزوج معتقة لآخر فأتت بولد فهو حر] :

إِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ بِمَعْتَقَةٍ لآخر فَاتَتْ مِنْهُ بَوْلِدٌ . . فَإِنَّ الْوَلَدَ يَكُونُ حُرًّا وَوِلَاءُهُ لِمَوْلَى أُمِّهِ .

فَإِنْ كَاتَبَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ ، ثُمَّ اخْتَلَفَ مَوْلَى الْمَكَاتِبِ وَمَوْلَى الْوَلَدِ ، فَقَالَ مَوْلَى الْمَكَاتِبِ : قَدْ أَدَّى إِلَيَّ كِتَابَتَهُ فَعَتِقَ وَجَرَ إِلَيَّ وِلَاءَ وَلَدِهِ ، وَقَالَ مَوْلَى الْأُمِّ^(٢) : لَمْ يَوْدُ إِلَيْكَ ، وَلَمْ يُعْتَقْ فَوِلَاءُ الْوَلَدِ بَاقٍ لِي ، فَإِنْ كَانَ هَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي حَيَاةِ الْمَكَاتِبِ وَقَبْلَ مَوْتِ الْوَلَدِ . . حُكِمَ بِحُرِّيَّةِ الْمَكَاتِبِ بِإِقْرَارِ سَيِّدِهِ ، وَلَا يَفْتَقَرُ إِلَى بَيِّنَةٍ وَلَا يَمِينٍ .

(١) فِي (م) : (مَعَهَا) .

(٢) فِي (م) : (الْوَلَدِ) .

وإن كان هذا الاختلاف بعد موت المكاتب أو بعد موت الولد ، فإن كان مع مولى المكاتب بيّنة على الأداء قبل الموت . . . حُكِمَ له بولاء الولد ، ويُقبلُ في ذلك شاهدٌ وأمرأتان ، وشاهدٌ ويمينٌ ؛ لأنه بيّنة على المال .

وإن لم يكن معه بيّنة . . . فالقول قول مولى الولد مع يمينه ؛ لأننا تيقنّا رِقَّ المكاتب وثبوت الولاء على الولد لمولى أمه . . . فلا ينتقل عنه إلا بيقين .

قلتُ : والذي يقتضي المذهبُ : أنَّ مولى الأم يحلفُ أنه ما يعلمُ أنَّ المكاتب قد أدّى جميعَ مالِ الكتابة ؛ لأنها يمينٌ على نفي فعلٍ الغير ، فكانت على نفي العلم .

والله أعلم بالصواب ، وبالله التوفيقُ

* * *

المحتوى

كتاب اللقيط

- ٨ مسألة : حرية اللقيط
- ٩ - فرع : اللقيط ومعه مال
- ١١ مسألة : الناس ضربان من حيث التكليف
- ١٤ - فرع : الإشهاد على أخذ اللقيط
- ١٤ مسألة : الإنفاق على اللقيط
- ١٨ مسألة : ثبوت الولاية على اللقيط
- ٢٠ مسألة : تنازع واجدان حضانة لقيط
- ٢١ - فرع : تنازل أحد الواجدين عن الحضانة للآخر
- ٢٢ مسألة : ادعى رجلان من أهل الحضانة لقيطاً
- ٢٣ مسألة : ادعى الملتقط ابناً فيلحقه
- ٢٤ - فرع : ادعاء المسلم وغيره نسب لقيط
- ٢٦ مسألة : دعوة المرأة
- ٢٧ مسألة : ادعاء بنوة لقيط
- ٢٩ - فرع : ادعاء نسباً له فترجحه القافة
- ٣٢ - فرع : ذكر علامة من أحدهما لا تقدمه
- ٣٢ - فرع : ادعاء ولادة لقيط
- ٣٤ - فرع : ادعاء رجل وامرأة لقيطاً
- ٣٤ مسألة : أشتراكا بوطء وجاء ولد
- ٣٥ مسألة : اعتبار قول قائف

- فرعٌ : عدالة القائف ٣٦
- فرعٌ : كيف يُلحق القائف ٣٧
- فرعٌ : اختلف قول القافة ٣٨
- فرعٌ : عرض الميت على القافة ٣٨
- فرعٌ : ادعاء غائب نسب مجهول ٣٩
- مسألةٌ : ادعاء رجل أن الملتقط عبده ٤٠
- مسألةٌ : الصبي يتبع في الإسلام أحد أبويه ٤١
- مسألةٌ : جناية اللقيط ٤٤
- مسألةٌ : قذف اللقيط ٤٦
- مسألةٌ : قبول قول اللقيط بأنه رقيق ٤٧
- فرعٌ : جناية اللقيط عمداً ٥١
- فرعٌ : إقرار اللقيط بالرق ٥٢
- فرعٌ : ادعاء رجل عبودية اللقيط ٥٣

كتاب الوقف

- مسألةٌ : وقف ما تثبت عينه ٦٠
- فرعٌ : وقف العين غير الثابتة ٦٢
- فرعٌ : الوقف في شيء معين ٦٢
- فرعٌ : وقف المشاع ٦٣
- مسألةٌ : الوقف فيما فيه طاعة ٦٣
- فرعٌ : الوقف على ذمي ٦٤
- فرعٌ : الوقف على بهيمة رجل ٦٥
- مسألةٌ : وقف على نفسه ثم الفقراء ٦٦
- فرعٌ : التحبيس على الولد بشرط ٦٧
- مسألةٌ : الوقف المعلق أو على التخيير ٦٧

- ٦٨ مسألة : الوقف على أحوال
- ٧٢ - فرع : وقف داره على اثنين ولم يذكر من بعدهما
- ٧٢ - فرع : لم يذكر الموقوف عليه
- ٧٣ مسألة : يشترط للوقف القول
- ٧٤ - فرع : يلزم الواقف للمسجد والمقبرة أن يتلفظ بذلك
- ٧٤ مسألة : صحة الوقف تزيل الملك
- ٧٦ - فرع : وطء الجارية الموقوفة
- ٧٧ مسألة : تلف الموقوف
- ٧٨ - فرع : وطء الواقف أو الأجنبي بشبهة
- ٧٩ - فرع : جناية العبد الموقوف
- ٨٠ مسألة : تعليق الوقف على شرط مستقبل
- ٨١ - فرع : وقف شيئاً على جماعة فقراء
- ٨١ - فرع : وقف على رجل دابة للركوب دون نتائجها
- ٨٢ - فرع : الوقف في سبيل الله للغزاة
- ٨٢ - فرع : الوقف على وجوه البر
- ٨٢ - فرع : الوقف على العلماء
- ٨٣ - فرع : وقف ضيعة لحقوق وتبعات
- ٨٣ مسألة : الوقف على الأولاد يدخل الجميع
- ٨٣ - فرع : الوقف على أولاد أولاده
- ٨٥ - فرع : الوقف على النسل
- ٨٥ - فرع : الوقف على جنس من الأولاد
- ٨٦ مسألة : الوقف على أولاده وأولاد أولاده مرتباً ومشاركاً
- ٨٨ - فرع : وقف كيلاً ما على أولاد بناته والباقي للذكور
- ٨٨ - فرع : الوقف على أولاده ثم للفقراء بعدهم
- ٨٩ مسألة : الوقف على الأقرباء يكون من طرفي الأبوين
- ٩٢ - فرع : الوقف على أقرب الناس رحماً

- فرعٌ : الوقف على جماعة من أقرب القرابة ٩٤
- فرعٌ : الوقف على أهل بيته ٩٥
- مسألةٌ : الوقف في مرض الموت ٩٥
- فرعٌ : وقف داره على ابنه وابنته ٩٦
- مسألةٌ : وقف على الموالي ٩٦
- مسألةٌ : وقف على جماعة فمات أحدهم وله ولد ٩٧
- مسألةٌ : وقف مسجداً لفئة ٩٨
- فرعٌ : وقف نخلة فيبست أو مسجداً فتلف منه شيء ٩٩
- فرعٌ : وقف على ثغر فبطل ١٠٠
- مسألةٌ : احتياج الوقف إلى نفقة ١٠٠
- مسألةٌ : النظر في الوقف ١٠٠
- مسألةٌ : وقف على أولاده أرضاً بأيديهم ١٠١
- فرعٌ : أرضٌ بعضها وقف والآخر طلق ١٠١
- مسألةٌ : أشياء كانت في الجاهلية ١٠٢

كتابُ الهبة

- مسألةٌ : قبول الهبة والهدية ١١٢
- مسألةٌ : لزوم الهبة بالقبض ١١٤
- فرعٌ : القبض قبل الإيجاب والقبول ١١٥
- فرعٌ : رجوع الواهب قبل الإقباض ١١٦
- فرعٌ : موت الواهب قبل الإقباض ١١٧
- فرعٌ : أذن بالقبض ثم مات ١١٨
- فرعٌ : وهبه وأقبضه ثم نكل ١١٨
- فرعٌ : كساه ولم يرد الهبة ١١٨
- مسألةٌ : ما صحَّ هبة كله صحَّ هبة بعضه ١١٩

- ١٢٠ - فرعٌ : الهبة لرجلين
- ١٢١ - فرعٌ : ما لا يصح بيعه لا تصح هبته
- ١٢١ - فرعٌ : هبة العين المؤجرة
- ١٢٢ - فرعٌ : تعليق الهبة على شرط مستقبل
- ١٢٢ - مسألةٌ : يقبل الهبة للصبي ولئيه
- ١٢٣ - فرعٌ : الهبة للغائب لا يقبضها الوكيل
- ١٢٤ - مسألةٌ : رجوع الأصل في هبته لفرعه
- ١٢٦ - فرعٌ : الصدقة على الولد
- ١٢٦ - فرعٌ : وهب الولد فمات فورثه ابنه
- ١٢٧ - فرعٌ : وهب لولده فأفلس وحجر عليه
- ١٢٨ - فرعٌ : زيادة الهبة في يد الولد
- ١٢٩ - فرعٌ : وهب ولده عيناً فأتلفها
- ١٣٠ - فرعٌ : جناية العبد الموهوب في يد الابن
- ١٣٠ - فرعٌ : أرتجاع الموهوب من الولد
- ١٣١ - مسألةٌ : الواهبون على ثلاثة أضرب
- ١٣٦ - فرعٌ : اختلفا على طلب البذل
- ١٣٧ - بابُ العُمريِّ والرُقبيِّ
- ١٤٠ - فرعٌ : فيمن أعمره داره
- ١٤٠ - مسألةٌ : ما يعطى على سبيل الرقبى
- ١٤٢ - فرعٌ : تعطى العمرى من الثلث
- ١٤٢ - مسألةٌ : صحة إبراء صاحب الدين

كتاب الوصايا

- ١٥٠ - مسألةٌ : الناظر لا يزوج
- ١٥١ - فرعٌ : الوصية بالدين والحج والكفارة

- مسألة : الوصية بالثلث ١٥١
- مسألة : الوصية بأكثر من الثلث ١٥٦
- فرع : إجازة الورثة الوصية بعد الموت ١٥٨
- فرع : اختلفا بعد إجازة الوصية لكثرتها ١٥٨
- فرع : الوصية للوارث بقدر الإرث ١٥٩
- فرع : وقت اعتبار قيمة الثلث ١٥٩
- مسألة : وصية الصغير والسفيه بقربة ١٦٠
- مسألة : فساد الوصية بما فيه معصية ١٦١
- فرع : وصى ببيع فيه محاباة ١٦٢
- مسألة : الوصية للقاتل ١٦٢
- فرع : قتل أم ولد مولاه ١٦٣
- مسألة : الوصية ممن يملك ١٦٣
- فرع : الوصية لحمل امرأة ١٦٤
- فرع : الوصية للحمل تشمل الجنسين ١٦٥
- فرع : قدر الوصية لنوع المولود ١٦٧
- مسألة : الوصية لأحد شخصين ١٦٧
- مسألة : الوصية لعبد غير وارثه ١٦٨
- فرع : الوصية لعبد وارثه أو مكاتبه أو أم ولده ١٦٨
- مسألة : الوصية بالمجهول ١٦٩
- فرع : الوصية بالمنافع ١٧٠
- فرع : وصى له بشيء من ريع ثم وقف المورد ١٧٠
- مسألة : تعليق الموصي على شرط في حياته ١٧١
- مسألة : إيجاب قول الموصي في الوصية ١٧١
- فرع : رد الموصى له الوصية ١٧٣
- فرع : الرجوع في قبول الوصية ١٧٤
- فرع : رد الوصية إلى وارث ١٧٤

- فرغٌ : موت الموصي لحمل ١٧٤
- مسألةٌ : موت الموصي له قبل الموصي ١٧٥
- مسألةٌ : وصية مالك الأمة بها لزوجها ١٧٦
- فرغٌ : موت الموصي ثم الموصي له قبل القبول ١٧٩
- فرغٌ : وصي بأمو لمن له أبن منها فماتا ١٨٠
- فرغٌ : الوصية للمبعض ١٨١
- فرغٌ : الوصية لعبد رجل ١٨٢
- فرغٌ : الوصية لعبد ١٨٣
- بابٌ ما يُعتبرُ مِنَ الثُلثِ ١٨٤
- فرغٌ : غلبة خروج الدم والبلغم ونحوهما ١٨٩
- فرغٌ : الطاعون مرض مخوف ١٩٠
- فرغٌ : حمل المرأة ليس بمخوف ١٩١
- فرغٌ : صفة الحرب المخوفة ١٩٢
- مسألةٌ : تبرعات الثلث وأكثر منجزة ومؤخرة ١٩٣
- فرغٌ : ينفذ تعليق عتق مشروط إن احتمله الثلث ١٩٦
- فرغٌ : تعلق العتق بمرض الموت على صفة ١٩٨
- فرغٌ : علق في مرض موته عتق عبده على شراء ١٩٩
- فرغٌ : وصي بقضاء دينه أو أن يحج عنه من الثلث ١٩٩
- مسألةٌ : الوصية بثلاث عين من المال ٢٠١
- مسألةٌ : وصي بثلاث ماله ، وهو حاضر وغائب ٢٠٢
- فرغٌ : له ستون درهماً وأوصى بثلاث العين منها ٢٠٣
- فرغٌ : وصي بالثلث ، وترك عشرة عيناً وعشرة ديناً وابناً ٢٠٤
- مسألةٌ : اعتبار الثلث فيمن أوصى بمنفعة عبده أو داره ٢٠٥
- فرغٌ : الوصية بثمرة البستان ٢٠٦
- فرغٌ : أوصى له بلبن شاة وصوفها ٢٠٧

- مسألة : أعتق في مرضه أمة حاملاً ٢٠٧
- فرع : أوصى بجارية حبلى ٢٠٩
- فرع : أوصى بحمل جارية ٢٠٩
- فرع : قال إذا مت فأنت حرة أو ما في بطنك ٢١٠
- فرع : أعتق في مرض موته عبداً قيمته مئة وله مئتان غائبتان ٢١١
- فرع : أعتق عبداً لا مال له غيره ٢١٣
- مسألة : نكاح الرجل في مرض الموت ٢١٤
- فرع : أعتق في مرضه المخوف أمة ٢١٦
- فرع : أعتق أمته في مرضه المخوف وتزوجها قبل برئه ٢١٧
- فرع : أعتق أم ولده في مرض موته ثم تزوجها بمهر مثلها ٢٢٠
- فرع : أعتق في مرض موته جارية على أن تتزوج به ٢٢٠
- فرع : أعتقت في مرض موتها عبداً ثم تزوجته ٢٢٠
- فرع : تزوج في مرض موته بأكثر من مهر المثل ٢٢١
- مسألة : شراء وبيع من في مرض الموت ٢٢٢
- فرع : شراء من يعتق عليه في مرض موته ٢٢٢
- فرع : ورث من يعتق عليه بالملك في مرض موته ٢٢٤
- فرع : وهب له من يعتق عليه في مرض موته ٢٢٥
- باب جامع الوصايا ٢٢٧
- مسألة : أوصى لقراء القرآن ٢٢٨
- فرع : أوصى لأعقل الناس ٢٢٨
- فرع : أوصى لمسجد أو سقاية ٢٢٨
- مسألة : أوصى للأيتام ٢٢٩
- فرع : أوصى للأرامل ٢٢٩
- مسألة : أوصى للشيخوخ ٢٢٩
- مسألة : أوصى للفقراء والمساكين ٢٣٠

- فرعٌ : أوصى لغير الفقراء والمساكين ممن يستحق الزكاة ٢٣١
- فرعٌ : أوصى لمعين من الفقراء ٢٣١
- فرعٌ : وصى لزيد بدينار ٢٣٢
- مسألةٌ : الوصية لقبيلة ٢٣٣
- فرعٌ : الوصية بالثلث دون تعيين ٢٣٣
- مسألةٌ : ضع ثلثي فيما أراك الله ٢٣٣
- مسألةٌ : وصى لزيد وملك ٢٣٤
- فرعٌ : أوصى لعقب زيد ٢٣٥
- فرعٌ : الوصية لدابة فلان ٢٣٦
- مسألةٌ : أوصى لرجل بقسط من ماله ٢٣٧
- مسألةٌ : أوصى لرجل بمثل نصيب وريثه الوحيد ٢٣٧
- فرعٌ : أوصى بمثل نصيب أبنته الوحيدة ٢٣٨
- فرعٌ : وصى بنصيب أبنين ٢٣٩
- فرعٌ : أوصى بمثل نصيب أحد أبنائه ٢٣٩
- مسألةٌ : أوصى له بضعف نصيب أحد الورثة ٢٤٠
- فرعٌ : الوصية لجماعة بوصايا مختلفة ٢٤١
- مسألةٌ : وصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثه ٢٤١
- فرعٌ : وصى لرجل بنصف ولآخر بثلث ولآخر بربع ٢٤٢
- فرعٌ : أوصى بمثل نصيب ابنه ثم لآخر بمثل نصيبه ٢٤٢
- فرعٌ : أوصى بثلث ماله لأجنبي ولوارث ٢٤٣
- مسألةٌ : أوصى لفلان بريق ٢٤٧
- مسألةٌ : وصى بعق أحد رقيقه ٢٤٨
- فرعٌ : أوصى بعبد قيمته مئة ولا مال له غيره ٢٤٩
- فرعٌ : أوصى بشراء عبد وعتقه بماله ثم وجد دين مستغرق ٢٥٠
- فرعٌ : أوصى بعق رقاب ٢٥٠
- مسألةٌ : كاتب أو أوصى بالمكاتبة عند موته ٢٥٢

- مسألة : أوصى بشاة لرجل ٢٥٢
- فرع : أوصى بذكر فلا يعطى أنثى ولا عكسه ٢٥٣
- مسألة : أوصى بدابة ٢٥٤
- فرع : أوصى له بدابة وعنده غنم وبقر وإبل ٢٥٥
- مسألة : أوصى له بكلب ٢٥٦
- فرع : أوصى له بأحد كلابه ٢٥٦
- مسألة : أوصى بطبل ٢٥٧
- فرع : الوصية بدف ٢٥٨
- مسألة : أوصى له بعود ٢٥٨
- فرع : الوصية بمزمار ٢٥٩
- مسألة : أوصى بقوس من قسيه ٢٦٠
- مسألة : إبراء المكاتب في مرض مخوف ٢٦١
- مسألة : الوصية بخط أكثر مال الكتابة ٢٦٢
- فرع : أوصى بأن يوضع عنه شيء ما ٢٦٣
- مسألة : كاتبه ثم أوصى بعتقه ٢٦٤
- فرع : أوصى بمال الكتابة لرجل وبرقبته إن عجز لآخر ٢٦٥
- فرع : كاتبه كتابة فاسدة ٢٦٥
- مسألة : يحرم بالحج الواجب الوصية من الميقات ٢٦٦
- فرع : أوصى بحجة ولم يعين الأجرة والأجير ٢٦٨
- فرع : وجب الحج عليه فأوصى لمن يحج عنه بمئة دينار ٢٧٠
- مسألة : أوصى بحج تطوع ٢٧٠
- فرع : وصى بثلثه للحجيج ٢٧٢
- مسألة : وصى بمئة لحج تطوع ٢٧٢
- مسألة : أوصى بعبد ولآخر بما بقي من الثلث ٢٧٣
- مسألة : أوصى بمنفعة عبد ٢٧٤
- فرع : وصى بمنفعة جارية ٢٧٦

- فرعٌ : بيع مالك الرقبة مع وجود المنفعة لغيره ٢٧٨
- فرعٌ : طلب مضاربة المال بعد الموت والربح نصفين ٢٧٨
- فرعٌ : أوصى بعتاء لجماعة ٢٧٩
- فرعٌ : وهب أخاه في مرض موته فمات قبله ٢٨١
- مسألةٌ : وهب جارية فأنتت بزيادة من مهر أو كسب أو ولد ٢٨٤
- فرعٌ : وهب جارية عند موته لا مال له غيرها ثم وطئها ٢٨٦
- مسألةٌ : وهب جارية في مرض موته ٢٩١

باب الرجوع في الوصية ٢٩٦

- مسألةٌ : أوصى لرجل بثلث ونحوه ثم لآخر مثله ٢٩٦
- فرعٌ : وصى لرجل بشيء ثم قال : هو لآخر ٢٩٧
- مسألةٌ : أوصى بعبد ثم باعه ٢٩٧
- فرعٌ : أوصى بعبد ثم دبّره ٢٩٨
- مسألةٌ : زيادة الموصى به ٢٩٨
- مسألةٌ : خلط الموصي الطعام ٢٩٩
- فرعٌ : تصنيع الموصى به ٢٩٩
- فرعٌ : إزالة أسم العين الموصى بها ٣٠٠
- فرعٌ : استعمال الموصى به ٣٠١
- فرعٌ : وصى بمنفعة دار سنة ثم أجرها ٣٠٢

باب الأوصياء ٣٠٣

- فرعٌ : وصاية المرأة ٣٠٤
- مسألةٌ : شرائط الوصي تعتبر عند الموت ٣٠٥
- مسألةٌ : الوصية إلى اثنين ٣٠٦
- فرعٌ : توقيت مدّة الوصاية ٣٠٩
- مسألةٌ : توكيل الوصي ٣١٠

- فرعٌ : عدم الإذن للوصي بأن يوصي ٣١٠
- فرعٌ : يشترط قبول الوصي ٣١٢
- مسألةٌ : ما يقوم به الوصي ٣١٣
- مسألةٌ : ما يلحق الميِّت بعد الوفاة ٣١٥
- فرعٌ : اختلاف الورثة والموصى له ٣١٨

كتاب العتق

- مسألةٌ : عتق أحد الشريكين نصيبه ٣٢٣
- فرعٌ : العبد المسلم بين مسلم وكافر ٣٢٤
- فرعٌ : وقت عتق نصيب الشريك ٣٢٤
- فرعٌ : استيلاد الجارية من أحد الشريكين ٣٢٧
- فرعٌ : يدخل نصيب الشريك بالملك في التقويم ٣٢٨
- مسألةٌ : اختلاف الشريكين في قيمة العبد المعتق ٣٢٨
- فرعٌ : وجود دين مستغرق على المعتق ٣٣٠
- فرعٌ : تعليق الشريكين على شرط واحد ٣٣٠
- فرعٌ : علّق أحدهما عتقه بمدة قبل الموت وجعله الآخر حالاً ٣٣١
- فرعٌ : توكيل أحد الشريكين في عتق نصيبه ٣٣١
- فرعٌ : له شقصان في عبيدين فأعتق أحدهما ثم الآخر ولا مال له ٣٣٢
- مسألةٌ : عتق بعض العبد عتقاً لكلّه ٣٣٣
- فرعٌ : علق أحد الشريكين عتق نصيبه على بيع شريكه شقصه ٣٣٤
- مسألةٌ : شركاء في عبد عتق اثنان نصيبهما ٣٣٤
- فرعٌ : عبد بين ثلاثة فشهد اثنان على الثالث بعتق نصيبه ٣٣٦
- فرعٌ : رجوع الشاهدين عن قولهما : أعتق شقصاً ٣٣٧
- مسألةٌ : أعتق شقصين أحدهما بعد الآخر في مرض موته ٣٣٧
- مسألةٌ : يعتبر الثلث في عتق عبد بمرض موته ٣٣٨

- فرغ : أوصى بعق شقصين من عبيدين ٣٣٩
- فرغ : عتق نصيبه عند موته وأوصى بالباقي من ثلثه وكذا شريكه ٣٤١
- فرغ : أعتق أحدهما نصيبه من حمل جاريتهما ٣٤١
- مسألة : قال لعبده : وهبتك أو ملكتك نفسك ٣٤٢
- فرغ : حلف بعتقه فحنث ٣٤٢
- فرغ : شهدا بعق عبد ورجعا ثم شهد آخران بعق غيره ٣٤٣
- مسألة : أعتق عبداً بعينه ثم أشكل عليه أمر ٣٤٣
- فرغ : أعتق واحداً من جماعة ولم يعينه ٣٤٤
- فرغ : اختلاف قول الابن فيمن أعتق الأب في مرض موته ٣٤٥
- فرغ : ترك ثلاثة بنين وثلاثة أعبد وأختلفوا في معتق ٣٤٥
- فرغ : اختلاف قول الوارث والشهود في عين المعتق ٣٤٦
- فرغ : اختلاف قول الشهود في عين المعتق ٣٤٦
- فرغ : إن ولدت غلاماً فهو حر أو جارية فأنت حرة ٣٤٨
- فرغ : علق العتق على الوطاء ٣٤٨
- فرغ : تعليق العتق بدخول دار أولاً وآخرأ ٣٥٠
- مسألة : ملك الأصول أو الفروع ٣٥١
- فرغ : ولد الزنا لا يعتق ٣٥٢
- فرغ : يعتق شقص من ذكر بالملك ٣٥٢
- فرغ : الوصية والهبة بمن يعتق عليه ٣٥٢
- فرغ : قبول الولي الوصية والهبة ٣٥٣
- فرغ : وصى بجارية لزوجها فماتا وله ابن ٣٥٤
- فرغ : استولد أمة ثم ملكها عتق ابنه منها ٣٥٥
- فرغ : أوصى بأمة لابنها من غيره وله ابن منها ٣٥٥
- فرغ : أوصى له بما يعتق عليه ٣٥٦
- فرغ : اشترى الأمة الحامل زوجها وابنها الحر ٣٥٧
- فرغ : أسر المسلم أباه الحربي ٣٥٨

- فرعٌ : قال لأحد عبديه أحدكم حر على ألف ٣٥٩
- فرعٌ : اختلف إخوة في ملك جارية وولدها ٣٥٩
- فرعٌ : علق عتق عبده على حَجَّه العام ٣٦٠
- فرعٌ : أعتق في مرض موته عبداً فزادت قيمته قبل موته ٣٦٣
- فرعٌ : وهب في مرض موته وأقبضه فمات العبد ٣٦٤
- فرعٌ : أعتق عبداً في مرض موته فماتا ٣٦٤
- فرعٌ : أعتق جارية فوطئها قبل موته ٣٦٧
- مسألةٌ : أعتق في مرض موته عبدين ٣٦٨
- فرعٌ : أعتق ثلاثة أعبد في مرض موته ٣٦٩

بابُ القرعة ٣٧٣

- مسألةٌ : أعتق ثلاثة قيمتهم سواء فمات أحدهم ٣٧٧
- فرعٌ : أعتق ثلاث إماء ولا مال أقرع بينهم ٣٧٨
- فرعٌ : ظهر ماله بعد إعتاقه ستة في مرض موته ٣٧٨
- مسألةٌ : ظهر دين مستغرق وكان أعتق عبيداً في مرض موته ٣٧٨
- فرعٌ : أعتق ثلاثة قيمتهم ثلاث مئة ولا مال غيرهم وأكتسب أحدهم مئة ٣٨٠
- فرعٌ : أعتق ستة أعبد ولا مال غيرهم فأقرع بينهم ٣٨٠

بابُ المُدَبِّر ٣٨٢

- مسألةٌ : تدبير المجنون والصبي والسفيه ٣٨٤
- مسألةٌ : التدبير المطلق والمقيّد ٣٨٥
- فرعٌ : ألفاظ لا يقطع بالعتق فيها ٣٨٦
- فرعٌ : تعليق العتق على مشيئة العبد ٣٨٦
- فرعٌ : تعليق التدبير بمشيئة العبد بعد موت السيد ٣٨٧
- مسألةٌ : علق عتقه ثم دبره ، أو العكس ٣٨٩
- مسألةٌ : دبر أحد الشريكين نصيبه ٣٨٩

- فرعٌ : تدبير بعض العبد ٣٩٠
- فرعٌ : دبرا عبدهما معاً ٣٩١
- مسألةٌ : جواز بيع المدبر ٣٩٢
- فرعٌ : للسيد اكتساب المدبر واستخدامه ٣٩٣
- فرعٌ : جناية المدبر ٣٩٤
- مسألةٌ : دبر أمته فأنت بولد ٣٩٥
- فرعٌ : دبر الأمة وهي حامل ٣٩٦
- فرعٌ : وطء المدبر الجارية الموهوبة له ٣٩٦
- مسألةٌ : جواز رجوع السيد بالتدبير ٣٩٧
- فرعٌ : تدبير الحمل دون الجارية ٣٩٨
- فرعٌ : يتبع الولد الحادث الأم في التدبير ٣٩٩
- فرعٌ : تدبير الصبي والسفيه ٣٩٩
- مسألةٌ : الردة لا تبطل التدبير ٤٠٠
- فرعٌ : ردّة العبد لا تبطل التدبير ٤٠١
- مسألةٌ : تدبير الكافر ٤٠١
- مسألةٌ : يرد جحود التدبير بعدلين ٤٠٢
- فرعٌ : دبر أمة ومات ولها ولد فاختلفوا ٤٠٣
- مسألةٌ : تعليق العتق على صفة كالتدبير ٤٠٤
- فرعٌ : علّق عتقها على صفة ثم حملت وولدت ٤٠٥
- فرعٌ : علّق العتق إلى ما بعد موته بعشر سنين ٤٠٥
- فرعٌ : تعليق العتق يمنع الفسخ ٤٠٦
- فرعٌ : دبر عبيدين يزيدان عن الثلث فيقرع بينهما ٤٠٦

كتاب المكاتب

- مسألةٌ : يشترط في المكاتب الاكتساب والأمانة ٤١١
- فرعٌ : لا يكاتب من لا يكتسب ٤١٣

- مسألة : اشتراط قول السيد إن أديت فأنت حر ٤١٣
- مسألة : مكاتبه أحد الشريكين ٤١٤
- فرع : مكاتبه من بعضه حر ٤١٥
- فرع : وصى بمكاتبه عبده ٤١٥
- مسألة : الكتابة على مال مؤجل بنجمين أو أكثر ٤١٧
- فرع : المكاتبه على عمل ٤١٨
- فرع : المكاتبه على خدمة شهر ومال بعده ٤١٩
- فرع : كاتبه على دينار بعد شهر ودينارين بعد شهرين ٤٢٠
- مسألة : كاتب عبدين أو ثلاثة على مئة درهم ٤٢٠
- مسألة : الشريكان في العبد يكاتبانه على قدر نصيبهما ٤٢٢
- فرع : الكتابة على شرط فاسد أو مستقبل ٤٢٢
- مسألة : لزوم الكتابة من جهة السيد ٤٢٢
- فرع : موت السيد لا يبطل الكتابة ٤٢٣
- مسألة : مكاتبه الذمي عبده الكافر ٤٢٤
- مسألة : مكاتبه العربي عبده ٤٢٥
- فرع : مكاتبه المسلم عبده الكافر ٤٢٦
- مسألة : مكاتبه المرتد عبده ٤٢٦
- فرع : ارتداد العبد وقت مكاتبته ٤٢٨
- باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه ٤٢٩
- مسألة : مال المكاتب محجور عليه ٤٢٩
- فرع : ليس للمكاتب أن يكفر بالمال ٤٣٠
- فرع : المكاتب لا يبيع نسيئة ٤٣١
- فرع : المكاتب يأخذ للقراض والقرض ولا عكس ٤٣١
- فرع : لا تصح هبة المكاتب ولو بزيادة منفعة ٤٣١
- فرع : شراء المكاتب من يعتق عليه ٤٣٢

- فرعٌ : المكاتبُ لا يعتق ولا يكاتبُ ٤٣٣
- فرعٌ : هبة المكاتب أو محاباته لسيده ٤٣٤
- فرعٌ : لا يتزوج المكاتب إلا بإذن سيده ٤٣٤
- فرعٌ : سفر المكاتب بالمال ٤٣٥
- مسألةٌ : حرمة وطء المكاتب ٤٣٥
- فرعٌ : كاتب أمة وشرط وطأها ٤٣٧
- مسألةٌ : لا يطاء الشريكان مكاتبتهما ٤٣٧
- فرعٌ : كاتباً جارية ثم جامعها ٤٤٠
- فرعٌ : كاتباً أمة ثم وطئها ، وأتت بولدين ٤٤٤
- مسألةٌ : لا يتبع ولد المكاتبه أمه ٤٥٠
- فرعٌ : ولدُ المكاتبه جارية ٤٥٣
- فرعٌ : ولد ولد المكاتبه ٤٥٤
- مسألةٌ : حبس المكاتب ومنعه عن التصرف ٤٥٤
- فرعٌ : أخذُ الأعداء المكاتب لا يمنع الملك ٤٥٤
- مسألةٌ : إيتاء السيد شيئاً للمكاتب ٤٥٥
- فرعٌ : أداء مال الكتابة قبل حلول الأجل ٤٥٨
- فرعٌ : قول السيد رقيقى أحرار ٤٥٩
- بابُ الأداء والعَجْزِ ٤٦١
- مسألةٌ : إبراء أحد المكاتبين ٤٦٢
- فرعٌ : لا تنفسخ الكتابة بموت السيد ٤٦٢
- فرعٌ : يدفع المكاتب للسيد معاً ٤٦٥
- مسألةٌ : قبض السيد مال الكتابة قبل الحلول ٤٦٧
- فرعٌ : كاتبه على مال في بلد ٤٦٨
- فرعٌ : كاتبه على ألف في نجمين فعجل أحدهما ٤٦٩
- مسألةٌ : لا يطالب المكاتب قبل الأجل ٤٦٩

- فرغ : إنظار السيد للمكاتب ٤٧٠
- فرغ : حلول أجل المال والمكاتب غائب ٤٧١
- فرغ : أسر المكاتب ٤٧٢
- فرغ : جنون المكاتب ٤٧٣
- فرغ : كاتبه على دنائير فلا يكفي دراهم ٤٧٤
- فرغ : قبول قول السيد في رفضه مال النجم بالبينة ٤٧٤
- مسألة : ظهور عيب بالمال بعد الحكم بالعتق ٤٧٦
- فرغ : المكاتبه على خدمة مدة ومال ٤٧٧
- فرغ : كاتبه على عوض موصوف ٤٧٧
- فرغ : بيع النجوم مفسوخ ٤٧٨
- مسألة : جناية المكاتب على طرف سيده ٤٧٩
- مسألة : جناية المكاتب على أجنبى ٤٨٢
- فرغ : إقرار المكاتب بجناية ٤٨٥
- فرغ : جناية عبد المكاتب ٤٨٦
- مسألة : اجتماع حقوق على المكاتب ٤٨٧
- مسألة : الجناية على المكاتب ٤٩٠
- باب الكتابة الفاسدة ٤٩٢
- مسألة : يعتق المخبول ونحوه بأداء الكتابة ٤٩٦
- مسألة : إبطال السيد المكاتبه إذا جزأها ٤٩٧
- فرغ : مكاتبه الشريك دون إذن شريكه ٤٩٨
- مسألة : مكاتبه عبيد بعقد واحد ٥٠٠
- فرغ : يؤدى من عتق عن جماعة المكاتبين ٥٠١
- باب اختلاف المولى والمكاتب ٥٠٣
- مسألة : قبول قول السيد بيمينه على عدم أهليته عند المكاتبه ٥٠٤

- فرعٌ : ثبوت المكاتب بشاهدين ٥٠٥
- مسألةٌ : ادعاء المكاتب دفع مال الكتابة أو الإبراء ٥٠٧
- فرعٌ : كاتبه على دنائير وأبراه من دراهم ٥٠٧
- مسألةٌ : علّق إقراره بالقبض بالمشيئة ٥٠٧
- مسألةٌ : يوقف ولد المكاتب حتى يعرف وقت ولادته ٥٠٨
- فرعٌ : شراء المكاتب زوجته الأمة ٥٠٩
- مسألةٌ : إقرار السيد استيفاء ما على أحد مكاتبته ٥٠٩
- مسألةٌ : مكاتب ثلاثة بعقد على مئة ٥١١
- مسألةٌ : أدعاء المكاتب تأدية الكتابة لسيديه ٥١٢
- فرعٌ : تزويج السيد ابنته من مكاتبه ٥١٥
- فرعٌ : تدفع الكتابة لورثة السيد أو للوصي ٥١٦

كتاب عتق أمهات الأولاد

- مسألةٌ : ما يصير الأمة أم ولد ٥٢١
- مسألةٌ : حكم أم الولد كالقنة ٥٢٣
- مسألةٌ : منزلة ولد أم الولد بمنزلتها ٥٢٤
- فرعٌ : ملك الرحم المحرمة لا يحل وطأها ٥٢٤
- مسألةٌ : جناية أم الولد قبل موت السيد ٥٢٦
- مسألةٌ : ملك الولد الأمة يحرم على الأب وطأها ٥٢٧
- فرعٌ : ملك الأب الأمة يحرمها على ولده ٥٣١

باب الولاء

- مسألةٌ : الولاء لسائل العتق عنه ٥٣٣
- فرعٌ : لمن الولاء لو كان المشتري العبد نفسه ٥٣٤
- مسألةٌ : الولاء للمسلم في عتقه الكافر ٥٣٤
- فرعٌ : يبقى ولاء المعتق ولو صار حريباً ٥٣٥

- فرع : عتق حربي لحربي ثبت له الولاء ٥٣٥
- مسألة : الولاء للمعتق ٥٣٦
- فرع : أعتق سائبة فله ولاؤه ٥٣٦
- فرع : لا يباع الولاء ولا يوهب ٥٣٧
- مسألة : ثبوت الميراث للمولى المعتق ٥٣٧
- فرع : انتقال الولاء لعصبات المولى ٥٣٩
- فرع : الولاء ينقسم على العصبات ٥٤٤
- فرع : يمنع الأسفل الأعلى ٥٤٥
- مسألة : الولاء لمولى الأم المعتقة ٥٤٥
- فرع : تزوج معتق معتقة لآخر ٥٤٧
- فرع : تزوج بمعتقة لآخر فأولدها ففقد ثم عتق ٥٤٧
- فرع : تزوج عتيقة لآخر وأبوه مملوك ٥٤٨
- مسألة : تزوج بأمة لآخر فأولدها ٥٤٩
- فرع : تزوج عبد بأمة آخر فعتقت ٥٤٩
- فرع : تزوج بمعتقة لآخر فأولدها ثم عتق ٥٥٠
- مسألة : تزوج من لا ولاء له بمعتقة ٥٥٠
- فرع : تزوج بحرة فأتت بولد فلا ولاء عليه ٥٥١
- فرع : ثبوت الولاء لموالي الأم ٥٥٢
- فرع : ثبوت الولاء لمولى الأم ٥٥٢
- فرع : تزوج بمعتقة لآخر فأولدها فولده حر ٥٥٣
- فرع : تزوج بمعتقة فأتت ببنت ثم تزوجها آخر ٥٥٥
- فرع : كان مملوكاً لرجل وابنه لآخر فتزوج الأب معتقة الآخر ٥٥٥
- فرع : اشترتا أباهما فعتق ٥٥٦
- فرع : شقيقتان اشترت إحداهما الأب والأخرى الأم ٥٥٨
- فرع : تزوج معتقة لآخر فأتت بولد فهو حر ٥٥٨
- المحتوى ٥٦١